

# **KINAS FOLKERETTSLIGE FORPLIKTELSE ETTER SIGNERINGEN AV FN-KONVENSJONEN OM SIVILE OG POLITISKE RETTIGHETER**

Wienkonvensjonen art. 18 anvendt på rettssettende traktater

Kandidatnummer: 368

Veileder: Petter Wille

Leveringsfrist: 25. november

Til sammen 15683 ord

01.05.2006

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Introduksjon av tema og hovedproblemstillinger	1
1.2	Bakgrunnen for avhandlingen	2
1.3	Rettskilder og metode	3
1.4	Definisjoner	6
1.5	Oppgavens oppbygning	7
<b><u>2</u></b>	<b><u>KINA ETTER SIGNERINGEN AV SP</u></b>	<b><u>9</u></b>
2.1	Økonomisk fremgang	9
2.2	Oversikt over sivile og politiske rettigheter i Kina	10
<b><u>3</u></b>	<b><u>KINAS FORPLIKTELSE ETTER SIGNERINGEN</u></b>	<b><u>12</u></b>
3.1	Det klare utgangspunkt	12
3.2	Unntaket i Wien-konvensjonen art. 18	12
3.2.1	Oversikt over bestemmelsen	13
3.2.2	Formål og hensikt ved traktaten	14
3.2.3	Handlinger en stat er forpliktet til å avholde seg fra	18
3.3	Oppsummering	36
<b><u>4</u></b>	<b><u>KONSEKVENSER AV BRUDD</u></b>	<b><u>39</u></b>
4.1	Rettsfølger	39
4.1.1	Den tradisjonelle læren om rettsbrudd	39

4.1.2	Særspørsmål ved menneskerettigheter	40
<b>4.2</b>	<b>Håndhevelse og tvisteløsning</b>	<b>45</b>
4.2.1	1503-prosedyren	45
4.2.2	Ikke-oppfyllelse av folkerettslige forpliktelser som pressmiddel	48
4.2.3	Jurisdiksjon og kompetanse	48
<b><u>5</u></b>	<b><u>KONKLUSJON</u></b>	<b><u>50</u></b>
<b>5.1</b>	<b>Brudd ved uopprettelige følger</b>	<b>50</b>
<b>5.2</b>	<b>Politikk fremfor prosess</b>	<b>51</b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>KILDER</u></b>	<b><u>53</u></b>
<b>6.1</b>	<b>Traktater</b>	<b>53</b>
<b>6.2</b>	<b>Resolusjoner</b>	<b>53</b>
<b>6.3</b>	<b>Dokumenter fra International Law Commission og United Nations Conference on the Law of Treaties</b>	<b>53</b>
<b>6.4</b>	<b>Avgjørelser</b>	<b>54</b>
6.4.1	International Court of Justice	54
6.4.2	Permanent Court of International Justice	54
6.4.3	Voldgiftspraksis	54
6.4.4	European Court of Human Rights	54
6.4.5	Court of Justice of the European Communities	54
<b>6.5</b>	<b>Litteraturliste</b>	<b>55</b>

## 1 Innledning

### 1.1 Introduksjon av tema og hovedproblemstillinger

Traktater er avtaler mellom folkerettssubjekter. Inngåelse av slike avtaler kan foregå på mange ulike måter, alt fra en muntlig traktat til en mer omfattende prosedyre med vedtagelse, signering og ratifikasjon.<sup>1</sup> Dersom traktaten etter en tolking krever ratifisering for å være bindende, innebærer dette at partene før dette har skjedd ikke er forpliktet verken i forhold til traktatens innhold eller til på et senere tidspunkt å ratifisere.<sup>2</sup> Det følger imidlertid av Wienkonvensjonen om traktatretten av 1969 (Wien) art. 18 at en stat ved undertegning forplikter seg til ikke å handle på en slik måte at den berøver traktaten dens formål og hensikt.<sup>3</sup>

**“Article 18 Obligation not to defeat the object and purpose of a treaty prior to its entry into force**

A state is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when:

(a) it has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance or approval, until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty; or

(b) it has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed.”

---

<sup>1</sup> Ruud, Ulfstein 2002 s. 63

<sup>2</sup> Ruud, Ulfstein, Fauchald 1997 s. 50; Rogoff 2004 s. 195

<sup>3</sup> Ruud, Ulfstein 2002 s. 64; Aust 2000 s. 93

Folkerepublikken Kina undertegnet den 5. oktober 1998 Forente nasjoners (FN) Internasjonal konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 (SP).<sup>4</sup> Konvensjonen krever ratifisering for å forplikte partene jf. SP art. 48 annet ledd. Per november 2005 er denne ikke ratifisert, og det foreligger heller ikke uttalelser fra kinesiske myndigheter som skulle tilsi at ratifisering er nært forestående.

Denne situasjonen gir opphav til følgende problemstillinger: Hvilke forpliktelser hviler på Kina som en følge av signeringen av SP? Foreligger det eventuelt brudd på disse forpliktelsene? Og hvilke konsekvenser vil slike brudd få for Kina, rettslig og faktisk? For å klargjøre dette er en først og fremst nødt til å se på innholdet i, og rekkevidden av Wien art. 18.

## 1.2 Bakgrunnen for avhandlingen

Kina er et land i meget stor utvikling. Både den sterke økonomiske veksten og det faktum at stadig flere kinesere får tilgang til internett byr på store utfordringer for Kommunistpartiet som sitter ved makten. På den ene siden er de kinesiske myndighetene avhengig av goodwill fra vestlige land som handelspartnere, som stadig presser på for å bedre respekten for menneskerettigheter i Kina, mens de på den andre siden er redde for å miste kontrollen og frykter at for stor frihet skal gi grobunn for en utvikling som kan fjerne ettpartistyret. Dette må en ha i bakhodet når en ser på uttalelser og reformer gitt av kinesiske myndigheter i forhold til menneskerettigheter.

Det er ut i fra dette bakteppet vi må se på signeringen av SP. Signeringen var tydelig ment som et signal fra Kina om at de anerkjente menneskerettigheter som noe viktig, men samtidig er de svært tilbakeholdne med å forplikte seg. Organisasjoner som Amnesty International rapporterer regelmessig om kritikkverdige forhold i Kina når det gjelder de

---

<sup>4</sup> Multilateral treaties deposited with the secretary-general (10.11.2005)

rettighetene SP er ment å beskytte, samtidig som kinesiske myndigheter offentlig hevder at reformer er underveis for å bedre respekten for menneskerettigheter.<sup>5</sup>

Spørsmålet er hvor mye som er spill for galleriet og hvor mye som er reelle reformer som gir økt grad av frihet for enkeltindivider i Kina. Det ble i 2002 publisert dokumenter som hevdes å stamme fra den kinesiske sikkerhetstjenesten. Disse dokumentene viser, dersom de er autentiske, hvordan Kina på dette tidspunktet utad respekterte religionsfrihet, men internt ønsket å skjerpe kontrollen og forby bestemte grupperinger ved å definere disse som sekter.<sup>6</sup>

Det er disse forhold som har vekket interessen for hva som egentlig ligger i en signering av en traktat, og hva man skal kunne kreve av en stat frem til denne ratifiserer eller eventuelt trekker signaturen tilbake.

### 1.3 Rettskilder og metode

Avhandlingen tar som nevnt rettslig utgangspunkt i Wien art. 18. Denne bestemmelsen er i utgangspunktet å anse som en kodifisering av folkerettslig sedvane utviklet i internasjonal rettspraksis og statspraksis.<sup>7</sup> Når Kina har tiltrådt Wien den 3. sept 1997 og deretter på et senere tidspunkt har signert SP, er det selve traktatbestemmelsen som må bli utgangspunktet.<sup>8</sup> De to sentrale rettskildene i avhandlingen blir dermed Wien og SP.

Det metodiske utgangspunktet ved tolking av traktater er reglene i Wien art. 31 til 33. Det følger av disse reglene at traktatteksten selv, i sin kontekst og i lys av traktatens formål og hensikt, er utgangspunktet for tolkingen. Videre må man se på etterfølgende praksis mellom partene eller annen etterfølgende atferd som kan kaste lys over meningsinnholdet.

---

<sup>5</sup> Amnesty International - Kina (24.10.2005)

<sup>6</sup> Religion and National Security in China: Secret documents from China's security sector. (11.2.2002)

<sup>7</sup> Rogoff 2004 s. 212

<sup>8</sup> Multilateral treaties deposited with the secretary-general (10.11.2005)

Dersom tolkingsresultatet fremdeles er uklart åpner Wien art. 32 for bruk av ytterligere rettskilder for å belyse og avklare meningsinnholdet i traktatbestemmelsen. Jeg vil i denne avhandlingen derfor også se på Wienkonvensjonens forhistorie og forarbeider. Jeg vil ta for meg avgjørelser og uttalelser fra nasjonale og internasjonale domstoler som kan være egnet til å kaste lys over de problemstillinger som skal besvares, og også se på hva juridisk teori har uttalt om de aktuelle spørsmålene. Folkeretten eksisterer ikke i et vakuum, men endrer seg gradvis ut fra samfunnsendringer og de behov som oppstår over tid. I tillegg vil det derfor måtte vurderes hvilke reelle hensyn som spiller inn i forhold til å velge en løsning foran en annen slik situasjonen er i dag.

I forhold til tolkingsmetode ved tolking av Wien, er det som et utgangspunkt naturlig å legge et objektivt tolkingsprinsipp til grunn i og med at det er denne metoden traktaten selv gir anvisning på.<sup>9</sup> Siden Wien art. 18 er en norm som innskrenker en stats suverenitet, kan det argumenteres for at man også må være relativt restriktiv i fortolkningen. Selv om dette ikke er anerkjent som et universelt og generelt prinsipp kan man finne støtte for en slik holdning hos International Court of Justice (ICJ) i prøvesprengningssaken.<sup>10</sup> Art. 18 regulerer forhold hvor en stat ennå ikke har påtatt seg forpliktelsene etter en traktat, og dette trekker videre i retning av en restriktiv fortolkning slik at en ikke via art. 18 gir traktaten anvendelse uten at den er ratifisert. Som en konsekvens av dette må det være rimelig klart at det er lite rom for noen utstrakt dynamisk fortolkning av Wien, selv om man indirekte befinner seg på området menneskerettigheter, hvor dette er et prinsipp som har fått større gjennomslagskraft de siste årene. Med dynamisk fortolkning tenker jeg her på det å gi en bestemmelse utvidet anvendelse ut fra nye behov, når dette ikke følger av ordlyden. Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) sin tolking av den Europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) på en del områder er eksempler på dette.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Wien art. 31

<sup>10</sup> ICJ Rep. 1974 s. 253 på s. 267

<sup>11</sup> Tyrer v. The United Kingdom, Soering v. The United Kingdom

Når dette er sagt, må man kunne skille mellom dynamisk fortolkning, og det å gi en traktat anvendelse på områder som ikke var påtenkt ved utarbeidelsen, så lenge dette kan forenes med traktatens ordlyd. Dette siste kan imidlertid også stå som en motsats til restriktiv fortolkning. Et eksempel er tvisten rundt Traktat angående Spitsbergen (Svalbardtraktaten), hvor for eksempel begrepet kontinentalsokkel ikke fantes ved utarbeidelsen og man i etterkant måtte avgjøre om denne skulle være omfattet. Her er Norges offisielle standpunkt blant annet at man ikke kunne innfortolke kontinentalsokkelen i Svalbardtraktaten, selv om ordlyden i og for seg ikke sperret for dette, og gode grunner talte for at man kunne gjøre det.<sup>12</sup> Spørsmålet er omstridt og fremdeles uavklart. Rettspraksis går i begge retninger.

Prinsippet om statssuverenitet har flere sider. Over er det vist til den siden som har med tolking av traktater å gjøre, og hvordan man der i tilfeller som angår menneskerettigheter har sett bort fra den restriktive tolkingsmetode som kan utledes fra prinsippet. En annen side ved statssuverenitet er spørsmålet om retten til intervensjon. Også på dette området har menneskerettigheter ført til at prinsippet må anses svekket i forhold til tidligere.<sup>13</sup> Et felles bærende argumentet både for traktattolking og intervensjon i denne forbindelse, er at stater i ly av statssuverenitetsprinsippet ikke skal kunne foreta seg hva som helst mot egne borgere.

Dette vil si at selv om en rent dynamisk fortolkning av Wien art. 18 nok må anses som utelukket, så kan det være åpning for nye tolkninger i samsvar med ordlyden, ut fra nye behov, og i hvert fall i situasjoner som angår menneskerettighetsspørsmål. Det avgjørende må bli vekten av de argumenter som veier for tolkingen sett i forhold til i hvor sterk grad dette griper inn i en stats suverenitet.

Når det gjelder valg av språk vil jeg for enkelthets skyld benytte norsk når jeg refererer til de ulike artikler i Wien. Min norske oversettelse er her syntaktisk en direkte kopi av den

---

<sup>12</sup> Ruud, Ulfstein 2002 s. 141

<sup>13</sup> The Responsibility To Protect (2001); Glennon (1999)



danske offisielle oversettelsen, men hvor ord er oversatt til norsk der det er ulik stavemåte.<sup>14</sup> I de tilfeller som måtte oppstå hvor den norske oversettelsen ikke fullstendig samsvarer med det semantiske innholdet av de engelske termene vil dette bli gjort rede for.

#### 1.4 Definisjoner

Normative instrumenter: Fellesbetegnelse for rettssettende traktater og andre juridiske tekster som kjennetegnes ved at de normerer atferd.

Rettssettende traktat: Traktat hvis formål er å avtalefeste regler om atferd som skal gjelde mellom de stater som er parter i traktaten.

Kontraktuell traktat: En traktat som fastsetter rettigheter og plikter for stater i et gjensidig bebyrdende avtaleforhold.

Interessesubjekt: Den stat eller juridiske eller fysiske person som har en konkret interesse i korrekt oppfyllelse av en kontraktuell traktat, rettssettende traktat eller etterfølgelse av en på annen måte fastsatt norm.

Pliktsubjekt: Den som etter en traktat, eller på annen måte fastsatt norm plikter å gjøre, unnlate eller tåle noe.

”Bad faith”: Forsettlig bedrag, uærlighet eller svikt i oppfyllelse av forpliktelse eller plikt. Motsatsen til ”good faith”.<sup>15</sup>

”Good faith”: Ærlighet, rettferdighet og hensikter i henhold til loven. Fravær av enhver hensikt om svindel, skadegjørende handling eller urettferdig fordel. Motsatsen til ”bad faith”.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Bekendtgørelse af konvention af 23. maj 1969 om traktatretten (29.4.1980)

<sup>15</sup> Merriam-Webster's Dictionary of Law (1996)

Midlertidige forpliktelser: Fra engelsk: "interim" eller "intermediate obligations". Kan også defineres som mellomliggende forpliktelser. Her: Forpliktelser som følge av signering av en traktat hvor traktaten krever ratifisering for å forplikte staten etter traktatens innhold.

Primærregler: Regler i folkeretten som fastsetter rettigheter og plikter for folkerettssubjekter.

Sekundærregler: Regler i folkeretten som regulerer ansvar ved brudd på primærregler.

Forpliktelse erga omnes: Rettslig forpliktelse overfor alle stater eller fellesskapet av stater.

Jus cogens: Ufravikelig folkerett

## 1.5 Oppgavens oppbygning

Avhandlingen er hovedsakelig lagt opp i fem deler inkludert innledningen. Del to vil ta for seg litt av den faktiske utviklingen i Kina siden signeringen av SP i 1998. Med den voldsomme økonomiske veksten Kina opplever i disse dager må det sies noen ord om dette først, siden dette er en utvikling som påvirker respekten for menneskerettigheter både i positiv og negativ retning. Videre vil det gis et kort innblikk i sivile og politiske rettigheters status i Kina. Dette gjøres slik at tolkingen av Wien art. 18 kan settes inn i en kontekst. Som nevnt eksisterer ikke rettsregler i et vakuum, men de må sees i forhold til den virkeligheten de skal anvendes i.

I del tre vil de rettslige forpliktelsene søkes klarlagt. Det er på mange måter her hovedtyngden i avhandlingen vil ligge, med størstedelen av den juridiske argumentasjonen og tolkningen av Wien art. 18.

---

<sup>16</sup> ibid.

For helhetens skyld må det også vurderes hvilke konsekvenser som følger av eventuelle brudd på art. 18. Derfor vil det i del fire redegjøres for reglene om rettsbrudd og ansvar, og de særlige problemstillinger som oppstår i denne forbindelse i forhold til menneskerettighetskonvensjoner.

Avslutningsvis vil jeg i del fem oppsummere, besvare problemstillingene og se hvilke konklusjoner som kan trekkes ut fra avhandlingen.

## 2 Kina etter signeringen av SP

### 2.1 Økonomisk fremgang

Kina har siden 1978 hatt en eksplosiv økonomisk vekst.<sup>17</sup> Dette året var startskuddet for en ny epoke initiert av de kinesiske lederne, med reformer som skulle åpne opp landet for verden utenfor og modernisere jordbruk, industri, forsvar, vitenskap og teknologi. Dette har økonomisk sett vært svært vellykket, og den gjennomsnittlige årlige veksten i BNP har siden reformene startet vært på nesten 8 %.<sup>18</sup>

Den økonomiske veksten har økt den gjennomsnittlige levestandarden for kinas befolkning, men for mange har markedsmekanismene og den økte veksten i industrien ført til dårligere levekår.<sup>19</sup> Dette skjer blant annet som en følge av de høye kravene til produktivitet som bedriftseierne og myndighetene setter, og som gjør at kinesiske industriarbeidere ofte har svært få rettigheter. I mange tilfeller er situasjonen for kinesiske arbeidere så dårlig at man kan snakke om alvorlige krenkelser av grunnleggende menneskerettigheter.

Det har vært debattert hvorvidt den økonomiske veksten i seg selv på sikt vil føre til en bedring av menneskerettighetssituasjonen i Kina.<sup>20</sup> Dette bygger på en teori om at større grad av økonomisk liberalisering vil føre til at det tvinger seg frem reformer på andre områder også. Foreløpig har man ikke sett tegn som tyder på en slik sammenheng. Det man derimot ser tegn til, er at kinesiske myndigheter i større grad ønsker å gi inntrykk av respekt for menneskerettighetene, men uten at dette har vært målbart i praksis.

---

<sup>17</sup> Bekkevold (1998)

<sup>18</sup> China's Growth and Integration into the World Economy - Prospects and Challenges (2004) s. 1

<sup>19</sup> Chan (1998)

<sup>20</sup> Isaksen 2004

## 2.2 Oversikt over sivile og politiske rettigheter i Kina

Kina er konstant i søkelyset til en rekke ikke-statlige organisasjoner som arbeider for økt respekt for menneskerettigheter. Organisasjonen Freedom House utgir årlige rapporter hvor de evaluerer menneskerettigheters status i en rekke av verdens land, deriblant Kina.<sup>21</sup> I tillegg til en bred analyse av forholdene i landet, har de også laget en rangering hvor graden av sivil og politisk frihet gis en karakter fra 1 til 9 hvor 1 representerer størst grad av frihet, mens 9 representerer minst grad av frihet. Kinas karakterer for 2005 er for sivile rettigheter 6 og for politiske rettigheter 7. Dette er nøyaktig samme karakterer som de har fått fra signeringen av SP i 1998 og hvert år frem til 2005. Som en konsekvens av dette har Kina etter Freedom House sin rapport status som "Not Free".

Det er en rekke forhold som ligger til grunn for at Kina har en lav poengsum i forhold til sivile og politiske rettigheter.<sup>22</sup> Internett er under streng overvåkning og mange restriksjoner. Hele 30.000 mennesker er ansatt i systemet som overvåker, kontrollerer og begrenser kineseres bruk av internett. Forsamlingsfriheten er sterkt begrenset, og demonstrasjoner mot myndighetene er forbudt. Alle religiøse grupper må godkjennes av myndighetene. Dersom man ikke tilhører et godkjent trossamfunn risikerer man forfølgelse og fengsel eller overføring til en av arbeidsleirene som driver såkalt "reeducation through labour".<sup>23</sup>

Ut over restriksjoner i forhold til ytringsfrihet og forsamlingsfrihet blir det regelmessig rapportert om mer alvorlige krenkelser i form av politisk motiverte drap, tortur, mishandling av fanger og utstrakt bruk av fengsling uten noen form for rettergang.<sup>24</sup> Eksempelvis blir det i Tibet regelmessig rapportert om en rekke overgrep. Her blir dette særlig tydelig i og med at deler av befolkningen i Tibet kjemper en kamp for uavhengighet,

---

<sup>21</sup> Freedom in the World 2005: The Annual Survey of Political Rights & Civil Liberties (2005) s. 144

<sup>22</sup> ibid. s. 145

<sup>23</sup> Civil and Political Rights, Including the Question of Religious Intolerance - Communications to and from Governments (20.12.2004). s. 15; U.S. Releases 2004 International Religious Freedom Report (15.9.2004)

<sup>24</sup> People's Republic of China: Executed "according to law"? - The death penalty in China (2005)

mens Kina hevder full jurisdiksjon over fjellandet. Aktiviteter som trykking av politiske løpesedler, politiske slagord og besittelse av tibetanske flagg er bare noe av det som kan føre til reaksjoner fra kinesiske sikkerhetsstyrker.<sup>25</sup> Reaksjoner som kan bestå i arrestasjoner, fengsling og tortur. Det er dokumentert at minst 37 tibetanere har omkommet i fengsel som en direkte følge av tortur og mishandling siden 1987. Flere av disse etter Kina signerte SP i 1998.

FN-rapporter viser også til en rekke krenkelser av menneskerettighetene i Kina. Blant annet gjelder dette fengslinger og bruk av varetektsfengsel uten lovmessig grunnlag.<sup>26</sup> Det rapporteres videre fra ulike hold om til tider svært kritikkverdige soningsforhold.<sup>27</sup> Fanger skal ha blitt mishandlet så sterkt at de har havnet i koma, og ellers under fengselsopphold fått sterkt svekket helse uten å få nødvendig medisinsk behandling.

Kilder hevder også at lokale myndigheter i provinser i Kina gjennomfører kampanjer med tvangssterilisering og tvangsabort.<sup>28</sup> Så mange som 7000 kvinner skal i løpet av perioden mars til juli 2005 ha blitt tvangssterilisert. I følge advokater fra China University of Political Science and Law i Beijing, skal også flere av familiemedlemmene til kvinnene ha blitt slått i hjel i forsøk på å hindre tvangssteriliseringen.

Troverdigheten til de ulike kildene som rapporterer om krenkelser vil variere, men totalt sett og sett i lys av offisielle FN-rapporter på ulike områder, må det kunne konstateres at det i Kina begås en rekke brudd på hva som etter SP er å regne som sivile og politiske rettigheter. SP er riktignok ikke ratifisert, men mange av handlingene vil også rammes av andre traktater som Kina er bundet av.

---

<sup>25</sup> Campaigns: Political prisoners (1.6.2005)

<sup>26</sup> Civil and Political Rights, Including the Question of Torture and Detention. Opinions adopted by the Working Group on Arbitrary Detention (19.11.2004).

<sup>27</sup> Hunt (2005) s. 4

<sup>28</sup> Beech 2005

### 3 Kinas forpliktelser etter signeringen

#### 3.1 Det klare utgangspunkt

Ved signering oppstår de rettigheter og plikter som traktaten selv bestemmer skal inntre på dette tidspunktet, og selvsagt også rettigheter og plikter i forhold til nødvendige grep i forbindelse med at traktaten på et senere tidspunkt skal kunne tre i kraft.<sup>29</sup> Men som et klart utgangspunkt gjelder det at dersom traktaten etter en tolking må ratifiseres, oppstår det ingen rettigheter og plikter etter avtalen som sådan.<sup>30</sup> Det oppstår heller ingen plikt til på et senere tidspunkt å ratifisere. En stat står, etter langvarig praksis på området, helt fritt til å la være å ratifisere uten å oppgi noen særlig grunn for dette.<sup>31</sup>

#### 3.2 Unntaket i Wien-konvensjonen art. 18

Bestemmelsen i Wien art. 18 oppstiller et unntak fra hovedregelen over.

Ved utformingen av Wien art. 18 var det primært kontraktstraktater og bilaterale sådanne man hadde i tankene, og av den grunn er den lite egnet til direkte anvendelse på en rettssettende traktat som SP.<sup>32</sup> Dette byr på til dels store metodemessige utfordringer. En rent objektiv tilnærming som ordlyden gir anvisning på, vil for rettssettende traktater føre til at en påstand om brudd svært sjelden eller aldri ville føre frem. Dette er fordi få eller ingen enkelthandlinger som bryter mot en norm i en traktat vil berøve traktaten dens formål og hensikt slik at den aldri vil kunne ha noen betydning. En slik handling vil tvert om heller være et tegn på behovet for traktaten og således styrke dennes formål. Spørsmålet blir etter

---

<sup>29</sup> Aust 2000 s. 93

<sup>30</sup> Fleischer 2005 s. 172

<sup>31</sup> Rogoff 2004 s. 195

<sup>32</sup> ILC Yearbook 1965 vol. I. s. 92; Klabbbers 2001 I

dette om Wien art. 18 rett og slett ikke er praktisk anvendbar i forhold til normgivende traktater, eller om man ved en tolking kan komme frem til en regel som fastsetter forpliktelser i fasen mellom signering og ratifisering.

Det eksisterer i teorien ulike oppfatninger om hvordan art. 18 skal tolkes.<sup>33</sup> Noen hevder at man må se på statens subjektive intensjoner, andre at det er berettigede forventninger som skal beskyttes. Selv om ordlyden gir liten veiledning, er det uansett denne som må være utgangspunktet for tolkingen. Supplerende tolkingsmomenter og ulike syn i teorien vil bli behandlet etter hvert.

### 3.2.1 Oversikt over bestemmelsen

Wien art. 18 kommer til anvendelse i en bestemt type situasjoner som er listet opp i dens litra (a) og (b). Disse situasjoner er henholdsvis i (a) og (b) når en stat har:

”... undertegnet traktaten eller utvekslet de instrumenter, som utgjør traktaten under forbehold av ratifikasjon, aksept eller godkjenning, så lenge den ikke klart har tilkjennegitt, at det er dens hensikt ikke å bli deltager i traktaten, eller”

”den har uttrykket sitt samtykke til å være bundet av traktaten, så lenge traktaten ikke er trådt i kraft, forutsatt at denne ikrafttreden ikke utilbørlig forsinkes.”

Kina har undertegnet SP, og Wien art. 18 kommer således til anvendelse. Det er altså artikkelens innledende setning som er relevant og vil bli behandlet videre. Denne oppstiller hvilke forpliktelser som følger av undertegningen.

”En stat er forpliktet til å avholde seg fra handlinger, som ville berøve traktaten dens formål og hensikt...”

---

<sup>33</sup> Se pkt. 3.2.3.5



### 3.2.2 Formål og hensikt ved traktaten

Ved tolkingen av Wien art. 18 er det, uansett innfallsvinkel, etter ordlyden avgjørende å finne ut hva som er traktatens formål og hensikt. I denne forbindelse er det i første omgang særlig to tolkingsspørsmål som melder seg. Er formål og hensikt to kumulative vilkår eller et felles begrep? Og gjelder formål og hensikt traktaten som helhet eller kan det gjelde deler av traktaten? Når så disse innledende øvelsene er unnagjort må det sees på hvordan man konkret identifiserer en traktats formål og hensikt i relasjon til art. 18.

#### 3.2.2.1 Kumulative vilkår eller felles begrep

Siden både formål og hensikt er brukt i Wien art. 18, er det strengt ut i fra ordlyden nærliggende å se på formål og hensikt som to selvstendige termer som begge må være oppfylt for at bestemmelsen skal komme til anvendelse.

Hvis vi ser på det engelske ordet "object" i traktatens originaltekst er dette semantisk flertydig på i hvert fall to måter. På den ene side kan en traktats "object" gjelde hva som konkret fysisk søkes oppnådd ved en traktat. Eksempelvis at en stat forplikter seg til å betale en gitt sum i erstatning som følge av en hendelse. På den annen side kan betydningen ligge på det mer normative planet og vise til et overordnet mål. I forhold til samme eksempel kan traktatens "object" her være å sørge for en rettferdig fordeling av byrdene mellom to land.

Når det gjelder traktatens hensikt, eller "purpose" i originalteksten, er dette et begrep som i større grad entydig viser til en overordnet hensikt på et normativt plan. Dersom man da også ser på "object" som et normativt begrep vil de to termene stort sett ha samme betydning. Dette taler for at "object" snarere må forstås som det fysiske målet ved en traktat. I tillegg kommer det faktum at Wien i art. 60 snakker om formål "eller" hensikt, noe som isolert sett skulle støtte opp under at det her var snakk om ulikt innhold i de to begrepene.

Vi er likevel i en situasjon hvor betydningen av denne delen av Wien art. 18 må være å anse som uklar, og hvor det kan være nyttig og riktig å se på bestemmelsens forhistorie for å fastlegge det nærmere innholdet. I det opprinnelige utkastet var kun "object" listet opp som vilkår i bestemmelsen. I følge formannen for komiteen som laget utkastet Mr Yasseen, var ikke endringen til "object and purpose" ment verken å utvide statenes forpliktelser eller å endre meningen i bestemmelsen, men en endring foretatt fordi begrepet "object and purpose" var brukt gjennomgående i resten av konvensjonen.<sup>34</sup> Det er heller ikke knyttet noen bemerkninger til forskjellen mellom begrepsbruken i Wien art. 60 og i resten av Wien.

Heller ikke i statspraksis eller avgjørelser fattet av internasjonale domstoler kan man spore noen holdninger som tyder på at "object and purpose" er to kumulative vilkår som begge må være oppfylt. Rent praktisk ville det også ha svært liten betydning å se på formål og hensikt som to selvstendige begreper. Dersom en stats handlinger gikk i mot en traktats fysiske motiv ville som regel og dens overordnede hensikt rammes. Og en handling som berører en traktat dens overordnede hensikt ville nødvendigvis måtte berøre traktatens fysiske motiv. Ut fra dette og med avgjørende vekt på tilblivelsen av art. 18, må det konkluderes med at formål og hensikt er et fellesbegrep som viser til en normativ målsetting ved traktaten.

### 3.2.2.2 Hele eller deler av traktaten

Ordlyden i Wien art. 18 taler for at det er formål og hensikt for traktaten i sin helhet som er relevant. Det motsatte synet har til tider vært fremmet i teori og for domstoler, men dette finner man ikke støtte for verken i konvensjonens forarbeider eller i den begrensede praksis som er på området.<sup>35</sup> I tillegg ville det være svært vanskelig å håndtere spørsmål som refererer til formål og hensikt i praksis dersom begrepet skulle referere til enkelte bestemmelser eller punkter i en traktat. En traktat, både kontraktuell og rettssettende, vil

---

<sup>34</sup> CLT Official records. First session 1968 s. 361

<sup>35</sup> Klabbars 2004 s. 180-181

ofte bestå av en avveining av ulike motstridende hensyn med deler som er ment å veie opp for hverandre. Et spesielt punkt vil dermed kunne ha et direkte motstridende formål i forhold til et annet dersom man kun ser på dette ene punktet. Konklusjonen må derfor bli at formål og hensikt må defineres for traktaten som helhet.

### 3.2.2.3 Hvordan identifisere formål og hensikt jf. Wien art. 18

Det er ikke alltid like opplagt hva man kan regne som en traktats formål og hensikt. Traktater kan være svært omfattende og omhandle en rekke forskjellige rettsområder og ikke minst være preget av en avveining mellom en rekke ulike hensyn. Disse hensynene kan ofte være direkte motstridende, og dette kan blant annet være med på å vanskeliggjøre prosessen med å fastlegge en traktats formål og hensikt. Hvalfangstkonvensjonen av 2. desember 1946 er et eksempel på en traktat som er et resultat av en avveining mellom motstridende hensyn. For Norge var det viktig å kunne fortsette hvalfangst, mens andre stater helst ville hatt et totalforbud. Norge ville kanskje anse traktatens formål og hensikt for å være regulering av hvalfangst slik at man fikk bestanden opp på et nivå som tillot økt fangst. For andre land ville formål og hensikt først og fremst være muligheten til å begrense hvalfangst i størst mulig grad. Sett i et litt større perspektiv kan man si at hvalfangstkonvensjonens formål og hensikt er å sørge for en forsvarlig forvaltning av havets ressurser i forhold til hvalbestandene. Som vi ser kan man se på formål og hensikt fra flere ulike ståsted, og det er derfor viktig å gå metodisk riktig frem i jakten på begrepets meningsinnhold.

Internasjonal praksis har gått i retning av at traktatens fortale vil være en klar hovedkilde for å identifisere traktatens formål og hensikt.<sup>36</sup> Selv om fortalen vil være et naturlig utgangspunkt, er det likevel nødvendig å supplere med andre kilder. I praksis har slike relevante kilder vært forarbeider til traktaten, lignende traktater inngått mellom de samme eller en tilsvarende gruppe stater om det samme emnet, og det er også relevant å se hen til traktatens ordlyd på de enkelte punkter.

---

<sup>36</sup> P.C.I.J. *Diversion of Water from the Meuse, Judgment*; ICJ Rep. 1951 s. 15; ICJ Rep. 1986 s. 14

I tillegg til momentene opplistet over vil traktatens tittel ofte gi en god pekepinn på hva man skal definere som formål og hensikt.<sup>37</sup> Riktignok vil tittelen nok bare gi en presumsjon på dette, men en nyttig sådan i de tilfeller der traktaten har en tittel.

#### 3.2.2.4 Formål og hensikt i relasjon til SP

Ut fra konvensjonens tittel kan man umiddelbart slutte at dette er en traktat som omhandler sivile og politiske rettigheter. Men noe mer enn dette gir ikke tittelen oss, og i forhold til traktatens formål og hensikt er det svært lite vi kan slutte oss til utelukkende på bakgrunn av traktatens tittel.

Fortalen til SP gir oss derimot et svært godt utgangspunkt. Det er særlig fortalens fjerde avsnitt som er interessant og dette lyder slik:

“Recognizing that, in accordance with the Universal Declaration of Human Rights, the ideal of free human beings enjoying civil and political freedom and freedom from fear and want can only be achieved if conditions are created whereby everyone may enjoy his civil and political rights, as well as his economic, social and cultural rights,”

Det er særlig ordet “achieved” som røper at det her ligger noe om formål og hensikt med konvensjonen. Og det som skal oppnås er idealet om frie mennesker som nyter godt av sivil og politisk frihet og frihet fra frykt og nød. Så langt er altså formålet og hensikten med SP å legge til rette for at mennesker kan være frie, ha sivil og politisk frihet, samt være frie fra frykt og nød. Hva ligger det så i dette? Man kan her dele opp målet i tre deler. Det første målet om at mennesker skal kunne være frie er svært vagt og sier ikke mye isolert sett. I et samfunn vil mennesker alltid være bundet av en rekke normer satt for at man ikke skal begrense andres frihet. Det første målet må imidlertid sees i sammenheng med de to neste målene hvorav det siste er det greieste å tolke, idealet om frihet fra frykt og nød. Det er

---

<sup>37</sup> Klabbers 2004 s. 187

mange typer frykt et menneske kan ha. Noen er redde for å snakke i forsamlinger, mens andre helst vil la være å fly. Det er ut fra konteksten opplagt at det ikke er slik frykt det er snakk om. Det må være snakk om en mer generell frykt som er basert på en relativt konkret trussel utenfra og ikke psykologiske faktorer iboende i det enkelte menneskes sinn. Nøkkelen til tolkingen blir å tolke dette i lys av mål nummer to om sivil og politisk frihet. Dette fremgår også av konvensjonens tittel som viser til at temaet er nettopp sivile og politiske rettigheter.

Hva er så sivil og politisk frihet? Som vist til i tittelen og i fortalens fjerde avsnitt er sivil og politisk frihet direkte og uatskillelig knyttet opp mot sivile og politiske rettigheter. Rettighetene i selve konvensjonen viser til en rekke områder hvor man har krav på frihet. Det blir altså summen av det man fritt kan gjøre beskyttet av disse rettighetene som til sammen kan betegnes som sivil og politisk frihet. Og å oppnå dette er konvensjonens formål og hensikt.

### 3.2.3 Handlinger en stat er forpliktet til å avholde seg fra

Det avgjørende spørsmålet blir da hvilke handlinger som kan berøve SP målet om menneskers sivile og politiske frihet.

#### 3.2.3.1 Ordlyden

Det engelske ordet "defeat" er i den danske teksten oversatt med "berøve". En annen mulig oversettelse i forhold til norsk vil være verbet "nedkjempe". Meningsinnholdet blir uansett den samme. Det må etter ordlyden være snakk om en handling som tar bort meningen med traktaten, dens formål og hensikt, og gjør den verdiløs i forhold til dette. Et typisk eksempel i forhold til kontraktstraktater er dersom to stater har inngått en traktat om overføring av et landområde fra stat A til stat B. Dersom stat A etter signeringen, men forut for ratifisering, gjennomfører kjernefysiske prøvesprengninger på det aktuelle landområdet som gjør det sterkt radioaktivt, vil dette typisk gjøre traktaten verdiløs for B, og A har ved sin handling berøvet traktaten dennes formål og hensikt.

Som nevnt innledningsvis er det i utgangspunktet vanskelig å tenke seg at en enkelthandling kan berøve en traktat dennes formål og hensikt når det gjelder normtraktater og særlig multilaterale sådanne. Mange stater har ratifisert SP, og én stats handlinger vil åpenbart ikke berøve konvensjonens formål og hensikt generelt. Finnes det da ingen annen utvei enn å avskrive Wien art. 18 i forhold til rettssettende traktater? Løsningen må finnes i tolkingen av Wien art. 18. Ikke i en såkalt dynamisk tolking hvor art. 18 gis en ny og annen mening enn man kan lese etter ordlyden, men i en konkret ordlydsfortolking sett i kontekst av den nye situasjonen hvor rettssettende traktater er tema og interessesubjektene ikke er stater, men enkeltindivider.

Wien art. 18 sier at en stat er forpliktet til ikke å begå handlinger som berøver en traktat dens formål og hensikt. Spørsmålet er da formål og hensikt i forhold til hvem? Traktaten i seg selv er bare et instrument. Statene som underskriver traktaten er i forhold til menneskerettstraktater pliktsubjekter, og deres rolle inngår klart i traktatens formål og hensikt. Men det er interessesubjektene som traktatens formål og hensikt tar sikte på å beskytte. Og det er disse som i siste instans har interesse av rettighetene i traktaten. Likeledes må det være disse som har interesse av forpliktelsene etter signering. En går ikke ut over ordlyden ved å si at det er i forhold til hvert enkelt interessesubjekt traktaten ikke må berøves sitt formål og sin hensikt. Så dersom en person A eksempelvis blir henrettet på grunn av forhold som beskyttes i traktaten, vil dette berøve traktaten dens formål og hensikt i forhold til A. Han har på ingen måte mulighet til å nyte godt av rettighetene traktaten gir ham når den på et senere tidspunkt ratifiseres.

Dette er en fortolkning av Wien art. 18 som nok ikke var tilsiktet ved utformingen, men som er forenelig med ordlyden og gjør at bestemmelsen også kan gis anvendelse i forhold til rettssettende traktater som menneskerettighetskonvensjoner. Det spesielle som foranlediger en slik tolking er selvsagt den relativt nye situasjonen i folkeretten hvor enkeltindivider anerkjennes som folkerettssubjekter på stadig flere områder. Her altså som interessesubjekter. Men om en tolkning er forenelig med ordlyden, er det ikke dermed sagt

at den kan legges til grunn. Det må videre undersøkes om andre rettskildefaktorer sperrer for en slik tolkning eller om de på den annen side støtter opp om den. Jeg vil derfor vente med en eventuell drøfting av hva som etter ordlyden vil berøve SP dennes formål og hensikt for interessesubjektene til dette er undersøkt nærmere.

### 3.2.3.2 Rettspraksis

I forhold til internasjonale domstolars praksis er spørsmålet her, i forhold til de rettsettende traktater, såpass nytt og spesielt at det ikke finnes relevant praksis som gir noen umiddelbar løsning på problemet. Enkelte dommer berører likevel problemstillingen. Jeg skal i det følgende først se på eldre rettspraksis knyttet til rettsvirkninger av signatur og se hvilke momenter som kan ha overføringsverdi derifra, før jeg ser på nyere praksis.

Den klassiske avgjørelsen i forhold til rettsvirkninger som følge av signering av traktater er *Megalidis mot Tyrkia*, avgjort ved en blandet tyrkisk-gresk voldgiftsdomstol i 1928.<sup>38</sup> Saken gikk ut på at en gresk borger ønsket å få tilbake en del gjenstander som var tatt med makt fra en bankboks av tyrkiske myndigheter. Lausanne-traktaten som ble signert den 24. juli 1923 fastsetter følgende i traktatens art. 65 første ledd:

“Property, rights and interests which still exists and can be identified in territories remaining Turkish at the date of the coming into force of the present Treaty, and which belongs to persons who on the 29th October, 1914, were Allied nationals shall be immediately restored to the owners in their existing states<sup>39</sup>.”

Traktaten trådte imidlertid ikke i kraft før den 6. august 1924, og gjenstandene som søktes tilbakeført ble tatt den 14. august 1923. Domstolen mente derimot likevel at beslaget av gjenstandene var å anse som et folkerettsbrudd. Selv om avgjørelsen nok kunne vært basert på annet grunnlag, valgte domstolen å legge til grunn at dette var et brudd på midlertidige forpliktelser som følge av signering. De uttaler:

---

<sup>38</sup> *Megalidis v Turkey*, Turkish-Greek Mixed Arbitral Tribunal, 26 July 1928, 4 ILR 395

<sup>39</sup> *The Treaties of Peace 1919-1923*, Vol. II 1924

”already with the signature of a Treaty and before its entry into force there exists for the parties an obligation to do nothing which may be prejudicial to the Treaty by diminishing the significance of its provisions<sup>40</sup>”

Domstolen legger her vekt på at en stat ikke kan foreta seg handlinger som vil svekke betydningen av traktatens bestemmelser. Og i dette tilfellet så man ikke på traktaten som helhet, men vurderte den enkelte artikkel. Dette er riktignok ikke samsvarende med hvordan forpliktelsen ble i sin kodifiserte form i Wien, hvor formål og hensikt ved traktaten som helhet skulle vurderes.<sup>41</sup> Poenget her er likevel først og fremst at man i vurderingen så konkret på hvordan statens handling ville slå ut for ett individ, interessesubjektet. I denne saken ser vi dermed helt tydelig at handlinger foretatt mot én person kunne bli ansett som brudd på de midlertidige forpliktelsene som følger av signering forut for kodifiseringen i Wien, og uten at traktaten i seg selv ble verdiløs i forhold til de mange andre interessesubjekter som ville få rettigheter ved ratifikasjon.

Megalidis mot Tyrkia er en av de avgjørelsene som ble lagt til grunn ved utarbeidelsen av Wien art. 18.<sup>42</sup> Man valgte ved kodifiseringen å stille strengere krav til hva som skal til for å konstatere en krenkelse av de midlertidige forpliktelsene. Det er ikke tilstrekkelig at handlingen svekker betydningen av traktatens bestemmelser. Men i forhold til hvem vurderingen i art. 18 skal skje i forhold til, er avgjørelsen fremdeles relevant. Den trekker sterkt i retning av at hvorvidt formål og hensikt berøves, ikke skal vurderes opp i mot om traktaten fremdeles har noen hensikt generelt, men at vurdering må skje opp mot hvert enkelt interessesubjekt spesielt.

Det er få avgjørelser som viser til Wien art. 18 etter traktatens ikrafttreden. En av de avgjørelsene som faktisk henviser til bestemmelsen er EU-domstolens avgjørelse i saken

---

<sup>40</sup> *Megalidis v Turkey*, Turkish-Greek Mixed Arbitral Tribunal, 26 July 1928, 4 ILR 395

<sup>41</sup> Se pkt. 3.2.2.2

<sup>42</sup> ILC Yearbook 1953 vol. II s. 110



Opel Austria GmbH v. Council of the European Union.<sup>43</sup> Men i motsetning til hva enkelte ser ut til å tro, bygger ikke domstolen sin avgjørelse på Wien art. 18.<sup>44</sup> Grunnen til at bestemmelsen nevnes i det hele tatt, må være at den anføres gjentatte ganger av sakens parter. Sakens faktum er til dels ganske komplisert, men dreier seg i hovedsak om at EU rett i forkant av ikrafttreddelsen av EØS-avtalen fastsatte toll på girkasser laget av Opel Austria. Dette ble hevdet å være i strid med de midlertidige forpliktelsene.

Domstolen tar utgangspunkt i et generelt prinsipp om "good faith". Deretter vises det til at dette prinsippet er kodifisert i Wien art. 18, hvilket ikke er omstridt. Men art. 18 blir som nevnt ikke utgangspunkt for tolkingen og løser heller ikke det aktuelle spørsmålet.

Domstolen viser nemlig videre i sin argumentasjon til sammenhengen mellom prinsippet om "good faith" og prinsippet om berettiget forventning, og at dette siste er en del av EU-retten etter rettspraksis på området. Det er med dette utgangspunktet domstolen løser tvisten. At Wien art. 18 nevnes kan ikke være mer enn en ren henvisning. Det kan ikke være tvil om at både Wien art. 18 og EU-retten kan regulere spørsmål om midlertidige forpliktelser side om side. Når EU-domstolen da velger å anvende EU-rettens prinsipper slik de er slått fast i praksis, fremstår dette som både naturlig og rimelig. Hadde man derimot kommet til at det ikke forelå brudd etter prinsippet om berettigede forventninger, ville man kunne gå et nivå opp og se om det forelå brudd etter Wien art. 18.

Det er åpenbart at det er fellestrekk mellom prinsippet om berettigede forventninger i EU-retten og Wien art. 18, siden de begge er utledet av et grunnleggende prinsipp om "good faith". Men der EU-retten legger en subjektiv vurdering til grunn, fremstår Wien art. 18 både etter sin ordlyd og ut fra forarbeidene som en objektiv bestemmelse som er noe snevrere i sitt anvendelsesområde. Det som er interessant med tanke på temaet i denne avhandlingen er at man, i forhold til prinsippet om berettigede forventninger benyttet i avgjørelsen over, vurderer ut fra det enkelte interessesubjektet. Det er pliktsubjektets handlinger og følgene disse får for interessesubjektet som er interessant. Siden vurderingen

---

<sup>43</sup> Case T-115/94 Opel Austria GmbH v Council of the European Union

<sup>44</sup> Se pkt. 3.2.3.7

er subjektiv er det åpenbart ikke til å unngå at det er subjektene som blir det sentrale. Men det er verdt å merke seg at det nettopp er interessesubjektet og dets forventninger som legges til grunn. Med tanke på det felles opphavet mellom prinsippet om berettigede forventninger og Wien art. 18, kan det på bakgrunn av drøftingen over argumenteres for at man også i art. 18 må ta utgangspunkt i berøvelsen av formål og hensikt opp mot det enkelte interessesubjekt, selv om vurderingen av om det foreligger en krenkelse er objektiv.

I tvisten mellom Danisco sugar AB og Allmänna Ombudet, brakt inn for EU-domstolen i 1997, ble midlertidige forpliktelser anført av saksøker.<sup>45</sup> Tvisten oppsto som en følge av at Svenske myndigheter vedtok en lov som medførte høye avgifter for enhver som ved Sveriges inntreden i EU hadde store lagre med sukker. Denne loven ble innført for å hindre spekulasjon i sukker på bakgrunn av det ulike prisnivået i Sverige og EU.

Som nevnt ble brudd på midlertidige forpliktelser anført av Danisco. Det ble vist til prinsippet om “good faith” slik det er kodifisert i Wien art. 18 og domstolens avgjørelse i Opel Austria-saken hvor saken ble løst med grunnlag i prinsippet om berettigede forventninger. Domstolen nøyde seg imidlertid med å konkludere med at det var unødvendig å behandle denne anførselen. Tilsynelatende på basis av at det ut fra de tidligere drøftelsene var åpenbart at Sverige ikke hadde handlet i strid med “good faith”.

”In those circumstances, it is unnecessary to address the argument put forward by Danisco and the Danish Government that, by adopting the Lageravgiftslag after the Act of Accession had been signed, the Kingdom of Sweden contravened the principle of good faith, by virtue of which a State must refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty, a principle laid down in Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969<sup>46</sup>.”

Anførselen om berettigede forventninger nevnes ikke, hvilket ikke er rart i og med at det i sakens faktum ikke foreligger noe som skulle tilsi at Daniscos konkrete og berettigede

---

<sup>45</sup> Case C-27/96 Danisco Sugar AB v Allmänna Ombudet

<sup>46</sup> ibid. pkt. 31

forventninger i forbindelse med Sveriges inntreden i EU var berørt. Det fremgår altså her indirekte at regelen om “good faith”, som ble kodifisert i en objektiv regel i Wien art. 18, og regelen om berettigede forventninger i EU-retten, som domstolen benyttet i Opel Austria-saken, er to ulike rettsgrunnlag.

I stedet for å gå inn i en konkret drøftelse av de midlertidige forpliktelsene slik de er kodifisert i Wien art. 18, valgte altså domstolen først og fremst å vise til prinsippet bak og at handlingen ikke var i strid med dette. Hva kan man så slutte ut fra denne avgjørelsen i forhold til Wien art. 18? Antagelig ikke mye mer enn at dette er en bestemmelse som domstoler vegrer seg for å se nærmere på siden innholdet er så vidt uklart og vanskelig å drøfte, og at problemstillinger knyttet til dette kan være svært politisk kontroversielle.

I tvisten S.E.B. v. State Secretary for Justice var saken den at nederlandske myndigheter nektet en marokkansk tenåring å bli gjenforent med faren sin i Nederland.<sup>47</sup> Grunnlaget som ble anført for en eventuell gjenforening var Konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989, men denne var kun signert og ikke ennå ratifisert. I denne saken vises tydelig årsaken til at man ikke anser Wien art. 18 for å være særlig anvendelig på multilaterale rettssettende traktater. Den høyeste administrative domstol i Nederland, the Judicial Division of the Dutch Council of State, viste i sin argumentasjon til følgende:

”this obligation means in the majority of cases that a State should refrain from acts which would make the future application of the treaty in question impossible once it has entered into force.”

Legger man dette synet til grunn, som domstolen hentet fra nederlandske myndigheters tolking før ratifisering, er det åpenbart at enkeltstående hendelser sjelden eller aldri vil kunne føre til brudd på de midlertidige forpliktelsene. Imidlertid fremstår ikke denne tolkingen som naturlig hvis man ser på bakgrunnen for Wien art. 18 i rettspraksis samt bestemmelsens forhistorie og hvordan ordlyden utviklet seg frem til den endelige versjonen. Jeg viser i denne forbindelse til neste punkt hvor dette blir behandlet.

---

<sup>47</sup> Judicial Division, 9 July 1992, S.E.B. v. State Secretary for Justice, Council of State

Som vi har sett kan ett av de grunnleggende prejudikatene på området midlertidige forpliktelser tas til inntekt for synet om at vurderingen i Wien art. 18 må foretas i forhold til interessesubjektene i SP, mens nyere praksis viser en usikkerhet med tanke på forpliktelsesens innhold etter kodifiseringen. Vi står overfor en situasjon der verken traktatens ordlyd, etterfølgende praksis mellom partene eller andre relevante tolkingsmomenter etter Wien art. 31 gir noen sikker løsning, og man må ty til supplerende tolkingsfaktorer jf. Wien art. 32.

### 3.2.3.3 Forhistorie

Før Wien ble utarbeidet var regelen om plikter som følge av signering basert på ulovfestet rett slik den hadde utviklet seg i statspraksis og internasjonale domstoler. På slutten av 1800-tallet forkastet man tanken om at en signatur innebar en plikt til å ratifisere, og dette ble klart stadfestet i årene etter 1920 hvor en rekke signerte traktater aldri ble ratifisert.<sup>48</sup> Rettsvirkingene av signering ble da først og fremst begrenset til de plikter og rettigheter som oppsto i forbindelse med gjennomføringen av en ratifisering. Imidlertid oppsto det tanker om at en stat som ved signering har gitt uttrykk for at den vil ratifisere, ikke må gjøre noe som vil forpurre traktatens formål. Den engelske termen som benyttes her er "frustrate" og skiller seg fra kodifiseringen i Wien som bruker begrepet "defeat". Hvilke konkrete forpliktelser som lå i dette var ikke helt klart siden praksis på området ikke var entydig. Grunnlaget for en slik tankegang om midlertidige forpliktelser var at regelen kunne utledes av prinsippet om "good faith" mellom avtaleparter.<sup>49</sup>

Etter at et utkast var utarbeidet ved Harvard law school i 1935, arbeidet the International Law Commission (ILC) i mange år fremover med en kodifisering av traktatretten. De utnevnte i denne forbindelse fire "special rapporteurs" som suksessivt utarbeidet forslag til artikler og forberedte behandlingen av traktaten i ILC frem til signeringen i 1969. I

---

<sup>48</sup> Jones 1946 s. 79

<sup>49</sup> ibid. s. 84

Harvardutkastet var følger av signering plassert i utkastets art. 9.<sup>50</sup> Ordlyden var her som følger:

“Unless otherwise provided in the treaty itself, a State on behalf of which a treaty has been signed is under no duty to perform the obligations stipulated, prior to the coming into force of the treaty with respect to that State; under some circumstances, however, good faith may require that pending the coming into force of the treaty the State shall, for a reasonable time after signature, refrain from taking action which would render performance by any party of the obligations stipulated impossible or more difficult.”

Både i kommentaren til Harvardutkastets art. 9 og i kommentaren til utkastet den første rapportøren J.L. Brierly leverte til ILC i 1951 var forpliktelser som følge av signering ansett for å være mer av moralsk enn av rettslig art.<sup>51</sup> Brierly følger opp dette synet i en rapport året etter, hvor han utelater bestemmelsen på bakgrunn av at rettsgrunnlaget for kodifisering av forpliktelser som følge av signering etter hans mening er for fragmentarisk og for lite ensrettet av natur.

De to neste rapportørene, Sir Hersh Lauterpacht og Sir Gerald Fitzmaurice, delte ikke sin forgjengers syn på forpliktelser som følge av signering. Lauterpacht inkluderte i sin rapport til den femte sesjonene til ILC i 1953 en artikkel ved navn ”Signature” plassert i utkastet som artikkel 5:

”1. The signature of a treaty constitutes an assumption of a binding obligation in all cases in which the parties expressly so agree or where, in accordance with article 6, no confirmation of the signature is necessary,

2. In all other cases the signature, or any other means of assuming an obligation subject to subsequent confirmation, has no binding effect except that it implies the to be fulfilled in good faith:

---

<sup>50</sup> Rogoff 2004 s. 212

<sup>51</sup> ibid. s. 213; ILC Yearbook 1951 vol. II s. 73

(a) To submit the instrument to the proper constitutional authorities for examination with the view to ratification or rejection;

(b) To refrain, prior to ratification, from any act intended substantially to impair the value of the undertaking as signed<sup>52</sup>.”

I kommentaren til bestemmelsen viste Lauterpacht til at han anså signatur for å ha den effekt at statene før ratifisering ble forpliktet til å avstå fra handlinger som ikke var i samsvar med traktatens formål.<sup>53</sup> Han uttrykte klart at det etter hans syn var snakk om en rettslig plikt og ikke bare en moralsk forpliktelse, og at praksis på området var så komplett som man kunne ønske i denne forbindelse. Lauterpacht presiserer i sin kommentar forpliktelsen ytterligere, og jeg siterer her en viktig uttalelse i denne forbindelse:

“For the purpose of that rule [forpliktelser som følge av signatur] is to prohibit action in bad faith deliberately aiming at depriving the other party of the benefits which it legitimately hoped to achieve from the treaty...”

Lauterpacht tenker utvilsomt på stater når han her refererer til “the other party”. Men når det gjelder menneskerettighetskonvensjoner, er det ikke de andre statene som har undertegnet traktaten som kan håpe på fordeler. Det er derimot enkeltindivider hjemmehørende i signatarstaten som får en berettiget forventning om ”benefits” som Lauterpacht uttaler her. At han i 1953, med det folkerettsparadigmet som eksisterte da, hadde stater i tankene ved dette utsagnet kan ikke være avgjørende for meningsinnholdet. Den bærende tanken bak uttalelsen må forstås slik at den som er berettiget til fordeler etter traktaten, bør være beskyttet mot at signatarstaten på forhånd og med hensikt søker å frarøve den berettigede de fordelene som denne håper på å oppnå ved en ratifisering.

Som nevnt over delte også Fitzmaurice synet om at de midlertidige forpliktelsene etter signering ikke bare var moralske, men av rettslig art. Hans kommentarer til bestemmelsen

---

<sup>52</sup> ILC Yearbook 1953 vol. II s. 91

<sup>53</sup> *ibid.* s. 110

henviste i all vesentlighet til Lauterpachts syn på emnet. Da Sir Humphrey Waldock som den fjerde i rekken av rapportører overtok arbeidet med Wien, var det generell enighet om at forpliktelsene var av rettslig art. I utkastet til bestemmelsen i 1965 var ordlyden formulert slik:

”A State is obliged to refrain from acts tending to frustrate the object of a proposed treaty when:

- (a) It has agreed to enter into negotiations for the conclusion of the treaty, while these negotiations are in progress;
- (b) It has signed the treaty subject to ratification, acceptance or approval, until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty;
- (c) It has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed<sup>54</sup>.”

Mye av diskusjonen i ILC på dette tidspunktet dreide seg om utvidelsen av forpliktelsene til også å gjelde under forhandlingsfasen. Det som derimot er mer interessant i forhold til denne avhandlingen er dreiningen mot en mer objektiv forpliktelse. Waldock hadde i utgangspunktet sett for seg at forpliktelsen gjaldt handlinger ”calculated to frustrate the object of the treaty”. ”Calculated” ble i det endelige utkastet, som da var art. 15, endret til ”tending” som i mye mindre grad viser til den subjektive hensikten med handlingene. I den endelige Wien art. 18 er vurderingen etter ordlyden blitt rent objektiv. Her står det som nevnt ”which would defeat”. Årsaken til denne endringen er forklart med at dette var en ren redaksjonell endring for å klargjøre bestemmelsen, uten dette innebar noen endring i det materielle innholdet i regelen.<sup>55</sup> Resultatet ble en regel som etter ordlyden er rent objektiv.

Forhistorien til Wien art. 18 viser at forpliktelsene som følge av signering begynte som en forpliktelse mot handlinger ”in bad faith” for å beskytte interessesubjektenes forventninger

---

<sup>54</sup> ILC Yearbook 1965 vol. I s. 262

<sup>55</sup> CLT Official records. First session 1968 s. 361

i forhold til en etterfølgende ratifisering. Når Wien art. 18 i sin endelige form gir anvisning på en objektiv vurdering, kan dette begrunnes med at det nok vil kunne være vanskelig å bevise at en stat har handlet i "bad faith". Det vil på den annen side også være lite hensiktsmessig å ha en regel som konstaterte brudd dersom en handling var ment å berøve en traktats formål og hensikt, men faktisk ikke gjorde det. Rettsvirkningene som følge av brudd på folkeretten er i utgangspunktet erstatning og gjenopprettelse av den tidligere tilstand, og dersom ingen skade er skjedd, vil det heller ikke være noe å gjenopprette og liten grunn til å konstatere en krenkelse.<sup>56</sup> Det kan altså ikke være samme behov i folkeretten for å sanksjonere viljen bak en handling som det for eksempel er i intern strafferett. Ut fra dette virker det logisk at man endte opp med en regel som innebærer brudd dersom en handling faktisk vil berøve traktens formål og hensikt. Dette harmonerer for øvrig med tendensen man kan se i forhold til at ansvaret for folkerettslig rettsbrudd kan betegnes som rent objektivt og ikke krever uaktsomhet fra statens side.<sup>57</sup>

#### 3.2.3.4 Betydningen av den konkrete traktatens tilblivelse for omfanget av forpliktelsene

I forhold til de tradisjonelle kontraktuelle traktater er det åpenbart relevant å spørre seg om det er momenter ved den enkelte traktats tilblivelse som kan kaste lys over spørsmålet om en handling berøver traktaten dens formål og hensikt. Dette kan begrunnes med utgangspunktet for regelen som var prinsippet om "good faith" mellom avtalepartene. For å finne ut om en handling er en handling i motstrid til "good faith" er det naturlig å se hen til hvilke forutsetninger som lå til grunn for traktaten. Dersom det var en klar og synbar forutsetning om at statene i fremtiden skulle avholde seg fra visse handlinger, er dette et moment som klart trekker i retning av brudd på Wien art. 18 i tilfeller hvor det skulle råde tvil om spørsmålet.

---

<sup>56</sup> Se pkt. 4.1.2.2

<sup>57</sup> Se pkt. 4.1.1



Når det gjelder rettssettende traktater er dette like aktuelt i forhold til de parter som opprinnelig var med å utarbeide traktaten. Her må prinsippet over gjelde tilsvarende fullt ut. Saken stiller seg imidlertid noe annerledes med tanke på parter som i etterkant tiltrer en traktat når denne åpner for dette. Her har ikke staten vært med på selve utformingen av traktaten. Man kan derfor ikke direkte trekke veksler på den samme tanken om plikten til å følge opp intensjonene bak forhandlinger. Kina signerte og tiltrådte SP i 1998, 32 år etter forhandlingene var sluttført og 22 år etter konvensjonen trådte i kraft. På grunn av at dette har prinsippet om "good faith" liten betydning ut over det at signaturen i seg selv er et varsel om ratifikasjon som innebærer visse forpliktelser. Men dette er jo selve hovedbegrunnelsen bak Wien art. 18 og kan derfor ikke benyttes som noe støtteargument slik man vil kunne gjøre med andre typer utsagn forut for signering i selve forhandlingsfasen. I forhold til Kinas forpliktelser etter Wien art. 18 i relasjon til SP får dermed omstendigheter rundt tilblivelsen ingen betydning for hvorvidt det foreligger handlinger som berører traktaten dens formål og hensikt.

### 3.2.3.5 Teori på området

Det er ikke skrevet mye om Wien art. 18 etter konvensjonen ikrafttredelse. De fleste juridiske forfattere nøyer seg i fremstillinger av traktatretten med en kort henvisning til bestemmelsen.<sup>58</sup> Ofte i form av en ren referering til bestemmelsens ordlyd samt et par eksempler på tilfeller som helt åpenbart faller innenfor anvendelsesområdet, uten at det konkrete innholdet og grensedragningen mellom krenkelse og ikke krenkelse belyses noe ytterligere. I og for seg er dette tilgivelig i og med at det i en fremstilling av traktatretten finnes langt mer viktige og aktuelle regler å gjøre rede for, og også fordi det konkrete innholdet i Wien art. 18 både er vanskelig tilgjengelig og for så vidt uavklart i internasjonal praksis.

---

<sup>58</sup> Se Ruud, Ulfstein 2002 s. 64; Ruud, Ulfstein, Fauchald 1997 s. 50; Sinclair 1984 s. 42; Malanczuk 1997 s.

Det er dog skrevet enkelte artikler om rettsvirkninger av signerte, men ikke ratifiserte traktater. Rogoff sin artikkel under overskriften "Unratified treaties" er grundig og metodisk god, men fokuserer lite på det særlige problemet med multilaterale rettssettende traktater.<sup>59</sup> Selv om artikkelen utelukkende er viet problemstillinger knyttet til de midlertidige forpliktelsene, er den i sin helhet mer refererende enn analyserende og bidrar dermed i liten grad til å belyse de vanskelige grenseområdene for Wien art. 18 sitt anvendelsesområde. Konklusjonen i artikkelen ble at man bør være varsom i forhold til å konstatere forpliktelser før en eventuell ratifisering.<sup>60</sup> Dette på grunn av frykten for at stater vil kunne bli mer tilbakeholdne med å signere traktater dersom dette umiddelbart medførte forpliktelser,

Jan Klabbers har skrevet en artikkel som spesielt retter seg mot rettssettende traktater og de midlertidige forpliktelsene.<sup>61</sup> Artikkelen har sin styrke i at den stiller de rette spørsmålene og på den måten kommer nærmere en analyse av hva som faller innenfor og hva som faller utenfor Wien art. 18. Som Klabbers fremhever i sin artikkel er det et problem at art. 18 tilsynelatende ut fra sin ordlyd passer dårlig på rettssettende traktater. Hvordan løser man så dette? Skal man rett og slett konkludere med at den ikke gjelder i slike tilfeller, eller finnes det andre løsninger? Drøftingene videre preges dessverre av et på forhånd definert ønske om en regel som kan gi gode og rimelige resultater i konkrete saker. Dette er i og for seg et mål ved all normering og fastsetting av regler. Men ønsket om et godt og rimelig resultat kan ikke bli utgangspunktet for tolkingen. Det kan være svært ulike oppfatninger om hva som vil være et godt og rimelig resultat. Man er som alltid nødt til å foreta en metodisk forsvarlig tolkning av det konkrete rettsgrunnlaget man har for hånden, eller finne et alternativt rettsgrunnlag som gir tilstrekkelig hjemmel dersom dette ikke gir det ønskede resultat.

---

<sup>59</sup> Rogoff 2004

<sup>60</sup> *ibid.* s. 227

<sup>61</sup> Klabbers 2001

Klabbers hevder at kjernen i Wien art. 18 er såkalt ”manifest intent”. Dette vil si at det er statens intensjon bak en handling som blir avgjørende for om noe er et brudd på de midlertidige forpliktelsene. Og denne intensjonen må være synbar for omgivelsene. Spørsmålet er da hva det er ved en stats intensjon som vil innebære brudd. Klabbers oppsummerer brudd på Wien art. 18 slik:

”if behaviour seems unwarranted and condemnable, it may be assumed to have been inspired by less than lofty motivations and ought to be condemned, regardless of whether anyone’s legitimate expectations are really frustrated or can reasonably be said to have been frustrated, regardless of actual proof of bad faith.”

Det er to problemer med denne innfallsvinkelen. For det første så er dette, og dette innrømmer Klabbers, helt løsrevet fra ordlyden. Selv om man etter hvert godtar mer dynamisk tolking på folkerettens område, er det fremdeles et klart utgangspunkt at traktater skal tolkes etter sin ordlyd. Man kan muligens oppstille en regel som over, men da ikke med grunnlag i Wien art. 18.

For det andre er det store retts tekniske problemer med en innfallsvinkel som beskrevet over. Dette illustreres enda bedre ved å se på en annen formulering av de midlertidige forpliktelsene som kommer helt avslutningsvis i artikkelen:

”Such applications of the interim obligation are best explained with the help of a “manifest intent test,” which is useful shorthand for saying that where behaviour pending entry into force of an agreement is generally held to be morally obnoxious in light of what the agreement itself represents, then it violates the interim obligation<sup>62</sup>.”

Det avgjørende for å konstatere brudd på Wien art. 18 blir etter dette synet hvorvidt handlingen generelt er å betrakte som moralsk forkastelig. Dette faller på sin egen urimelighet. Det kan vanskelig defineres hva som globalt sett generelt er å anse som

---

<sup>62</sup> ibid.VIII

moralsk forkastelig. Å basere en folkerettsregel utelukkende på dette grunnlaget blir meningsløst.

### 3.2.3.6 Reelle hensyn

Et argument mot å tillegge signatur noen særlige rettsvirkninger har vært at stater da ville være mer tilbakeholdne med å signere traktater. Ved å la signering være en rettslig uforpliktende handling kan man få stater til å signere, for deretter å øve politisk press i forhold til en etterfølgende ratifisering. I Kinas tilfelle vil det være politisk umulig å trekke tilbake signeringen av SP. Dersom de hadde gjort dette ville det internasjonale samfunnet ansett det som en kraftig markering av at menneskerettigheter ikke vil bli respektert. De kinesiske myndighetene ønsker derimot å gi uttrykk for at de tar menneskerettigheter på alvor.<sup>63</sup>

Ytterligere et argument mot å tillegge signatur rettsvirkninger er at det er ratifisering som etter folkeretten gjør traktater bindende, og at forpliktelser som følge av signering ikke skal bli en form for snikinnføring av traktatens bestemmelser.

På den annen side støter man på et problem der traktater etter lang tid fremdeles ikke er ratifisert og signaturen heller ikke er trukket tilbake. Særlig dersom signeringen er foretatt for å oppnå noe fra signaturstatens side. Kina har et vedvarende press på seg fra USA, EU og FN i forhold til bedring av menneskerettighetene. Det kan ikke være tvil om at noe av hensikten med signeringen av SP i 1998 var å blidgjøre disse og sikre seg goodwill. Nå i ettertid kan man stille spørsmål i forhold til om Kina i det hele tatt hadde konkrete planer om å ratifisere. Dersom Kina gjennom reelle reformer og lovendringer hadde arbeidet mot større grad av respekt for menneskerettighetene, slik at de ved en ratifisering kunne respektert SP, ville man kunne akseptere at det drøydde en god stund før ratifikasjon. Men de faktiske forhold tilsier at respekten for menneskerettigheter på mange områder er uendret siden 1998, noe Freedom House sin rangering også viser. Når Kina på tross av

---

<sup>63</sup> China reports progress in human rights (4.2.2003)

fagre løfter og signering av SP begår alvorlige krenkelser av sivile og politiske rettigheter, må man spørre seg om det er riktig at en signering over hodet ikke skal innebære noen form for forpliktelser.

Man så tidlig behovet i forhold til kontraktstraktater. En stat måtte i hvert fall avholde seg fra å gjøre avtalen verdiløs for den som hadde interesse av den inntil staten klart hadde uttalt at avtalen likevel ikke ville overholdes. Tilsvarende må man kunne si om menneskerettighetskonvensjoner. De som har konkrete interesser i at traktaten ratifiseres bør være beskyttet mot at traktatens verdi for deres del blir marginalisert i perioden frem til ratifisering. Dette blir ikke en gjennomføring av traktaten før ratifisering, men en naturlig konsekvens av at man har uttrykt et ønske om å forplikte seg.

### 3.2.3.7 Hva kan berøve en traktat dens formål og hensikt i forhold til enkeltindivider?

Som nevnt over er signering av en traktat et uttrykk for en intensjon om en gang i fremtiden å ratifisere traktaten og dermed være forpliktet etter traktatens innhold og bestemmelser. Man er altså ennå ikke forpliktet fullt ut, men den manifesterte intensjonen ved signeringen gir interessesubjektene en forventning om anerkjennelsen av visse rettigheter en gang i fremtiden, og skaper etter folkeretten visse midlertidige forpliktelser med basis i et prinsipp om "good faith". Hvis vi da ut fra den tidligere analysen går ut i fra at Wien art. 18 kan knyttes direkte opp mot interessesubjektet i traktaten, blir neste problemstilling hva som kan berøve SP dens formål og hensikt for enkeltindivider. Man kan omformulere spørsmålet litt for lettere å få tak i hva som er essensen. Det en skal frem til er hva som gjør at ratifiseringen av SP på et senere tidspunkt vil være verdiløst og uten betydning for et enkeltindivid. Under følger typetilfeller som kan hevdes å være krenkelser jf. Wien art. 18.

Den mest åpenbare handling som med sikkerhet vil gjøre SP verdiløst for et enkeltindivid er dersom staten, Kina i vårt konkrete tilfelle, volder personens død. Man kan likevel ikke si at Wien art. 18 med dette innebærer et absolutt forbud mot dødsstraff ved signering av

SP. For at man skal kunne si at henrettelsen berøver SP formål og hensikt, må grunnlaget for henrettelsen være en krenkelse av rettigheter som ville vært beskyttet ved en senere ratifisering. Først da er det snakk om en krenkelse av den forventning personen har til ratifisering. Og noen virkning ut over dette kan man ikke tillegge de midlertidige forpliktelsene etter Wien art. 18. Men i tilfeller hvor noen for eksempel henrettes på bakgrunn av sin religiøse overbevisning må en kunne si at dette innebærer et folkerettsbrudd. Dette er en handling med uopprettelige følger, og personen vil aldri kunne nyte godt av de rettigheter en fremtidig ratifisering måtte innebære. For denne personen og alle i samme situasjon, vil handlingen berøve SP for dens formål og hensikt.

Handlinger som ikke forvolder innbyggere deres død, men som etter sin art er nær beslektet, er de tilfeller hvor staten ved tortur eller annen vold skader en person i så stor grad at denne får varige psykiske men. Selv om en person puster og har puls kan den opprinnelige personligheten være endret eller forsvunnet i en slik grad at dette må kunne sidestilles med handlinger med døden som følge. Slike handlinger må under de gjeldende forutsetninger også konstituere brudd på de midlertidige forpliktelsene etter Wien art. 18. Handlingens uopprettelige følger gjør at handlingen berøver traktatens formål og hensikt.

Tvangssterilisering vil i mange tilfeller være en handling som gjør uopprettelig skade. Dette er et grovt inngrep i enkeltindividers frihet og personsfære. Rettigheten i SP art. 7 som gjelder tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff vil kunne anvendes i forhold til tvangssterilisering dersom SP ratifiseres av Kina. Den som derimot blir utsatt for en slik handling forut for en eventuell ratifisering vil også etter ratifisering stadig være krenket i form av at skaden er uopprettelig, og vil dermed på dette området heller ikke nyte godt av konvensjonen. Så kan en spørre seg om dette berøver SP traktatens formål og hensikt for vedkommende som er tvangssterilisert. Denne personen kan jo, i motsetning til henrettede og psykisk ødelagte mennesker, fortsatt på mange andre områder nyte godt av konvensjonens vern.

Formål og hensikt med SP ble over tolket til det å oppnå sivil og politisk frihet for enkeltmennesker. Når det gjelder så grove og uopprettelige inngrep som tvangssterilisering, som i en så sterk grad griper inn i den fysiske integritet, er det mye som taler for at dette må regnes for å berøve traktatens formål og hensikt. Mennesker som for eksempel mister ben eller armer vil kunne få proteser, hjelpemidler og økonomisk kompensasjon. Det er derimot ingenting som kan reparere det faktum at noen er fratatt muligheten til å avle egne barn, dersom steriliseringen er foretatt på en slik måte at kvinnen er blitt permanent ufruktbar. Det er riktignok ingen menneskerettighet å få barn, men det er en menneskerettighet å være beskyttet mot at staten hindrer at dette aldri skal kunne skje. Tvangssteriliserte vil etter dette aldri kunne oppnå full sivil frihet i forhold til de forutsetninger de hadde forut for krenkelsen, og en slik handling er dermed noe som berøver traktaten dens formål og hensikt jf. Wien art. 18.

Når det gjelder tvangsabort viser jeg for det første til det som står over om henrettelser. Det er riktignok omstridt hvorvidt abort er å ta liv, men dette må i hvert fall være tilfelle i de senere perioder av svangerskapet. Dette alene gjør at handlingen er en uopprettelig krenkelse som rammes av Wien art. 18. I tillegg vil inngrepet være en grov integritetskrenkelse overfor barnets mor. Samlet sett kan det dermed ikke være tvil om at tvangsabort er å regne som en krenkelse av Wien art. 18 i relasjon til SP.

Det er etter dette bare de aller groveste integritetskrenkelser som rammes. Slik bør det også være. Noe annet ville betydd en snikinnføring av SP gjennom signeringen.

### 3.3 Oppsummering

Det klare utgangspunktet er som nevnt at en stat først blir forpliktet i forhold til en traktat ved ratifisering. Wien art. 18 oppstiller et unntak fra denne regelen. Regelen skaper problemer i det den umiddelbart ikke synes anvendbar på multilaterale rettssettende traktater, SP i dette konkrete tilfellet.

Etter en tolking av Wien art. 18, med utgangspunkt i ordlyden og basert på de øvrige relevante rettskildefaktorer, kan man se på spørsmålet på denne måten: Etter kodifiseringen av prinsippet om "good faith" i avtaleforhold er Wien art. 18 en objektiv regel. Man ønsker å beskytte interessesubjektene mot handlinger "in bad faith". Dette er i regelen objektivt knyttet opp til graden av potensiell formålsoppnåelse for interessesubjektene. Uansett om man snakker om en kontraktuell traktat eller rettssettende traktat, bilateral eller multilateral, vil formålet og hensikten med traktaten være uatskillelig knyttet opp til de som etter traktaten skal oppnå noe, interessesubjektene.

I den grad man kan måle graden av potensiell formålsoppnåelse, må Wien art. 18 knyttes opp mot dette. I de klassiske eksemplene snakker man gjerne om traktater som gir retten til et særskilt landområde. Dersom pliktsubjektet, som nevnt i et eksempel tidligere, i forkant av ratifisering foretar en kjernefysisk prøvesprengning på det aktuelle landområde, vil dette mest sannsynlig redusere interessesubjektets potensielle formålsoppnåelse til null. Man kan si at handlingen berøver traktatens dens formål og hensikt.

Likeledes vil en person som blir henrettet på bakgrunn av sin religion åpenbart få sin potensielle formålsoppnåelse i forhold til SP redusert til null. Man kan trygt si at handlingen berøver traktatens dens formål og hensikt på grunn av at handlingen etter sin art er uopprettelig.

Må den potensiell formålsoppnåelsen reduseres til et absolutt nullpunkt før man kan si at formål og hensikt er berøvet, eller defeated som det vil bli på engelsk? Dette er det ikke godt å gi noe entydig svar på, men det må nok antas at man i tilfeller hvor graden av potensiell formålsoppnåelse er svært lav, men ikke lik null, vil kunne si at formål og hensikt også er berøvet. Man kan tenke seg i forhold til det første eksemplet over, at interessestaten selv ville kunne benytte det aktuelle landområdet til kjernefysiske prøvesprengninger og således ha en nytte av det. Den potensielle formålsoppnåelsen er ikke lenger på et absolutt nullpunkt, men man må likevel kunne si at formål og hensikt med traktaten er berøvet. Likeledes med en person som etter tortur og fengsel har fått sin



livskvalitet permanent sterkt redusert. Også her må man i grove tilfeller kunne si at formål og hensikt må anses som berøvet, selv om den potensielle formålsoppnåelsen ikke er lik null.

## 4 Konsekvenser av brudd

Når det kommer til spørsmålet om hvilke konsekvenser brudd på forpliktelser etter Wien art. 18 får, er det to ulike sider som man må skille mellom. For det første har vi de konkrete rettsfølger av bruddet. Disse må utledes av folkerettens ansvarsregler, også omtalt som sekundærregler i motsetning til primærreglene som fastsetter de materielle folkerettslige forpliktelsene.<sup>64</sup>

Den andre siden av spørsmålet om konsekvenser går på hvorvidt man har muligheten til å håndheve sin rett. Altså skillet mellom å ha rett og å få rett. Det følger av suverenitetsprinsippet at stater bare kan bringes inn for en internasjonal domstol dersom de har akseptert domstolens rett til å dømme.<sup>65</sup> Dette kan skje ved at en traktat selv inneholder tvisteløsningsmekanismer som er akseptert som en del av traktaten, eller at statene aksepterer en form for tvisteløsning i en spesiell sak eller på et bestemt område.

Jeg vil i det følgende først behandle hvilke rettsfølger som følger av brudd på Wien art. 18 etter læren om rettsbrudd og ansvar.

### 4.1 Rettsfølger

#### 4.1.1 Den tradisjonelle læren om rettsbrudd

Størstedelen av de folkerettslige ansvarsreglene bygger på folkerettslig sedvanerett. Disse reglene har utviklet seg gjennom statspraksis og avgjørelser i internasjonale domstoler. ILC har utarbeidet et utkast til skrevne normer på området, men disse er foreløpig ikke vedtatt i

---

<sup>64</sup> Ruud, Ulfstein 2002 s. 234

<sup>65</sup> ibid. s. 245

bindende form. Utkastet gir imidlertid i stor grad uttrykk for gjeldende sedvanerett på området.<sup>66</sup>

Statsansvar forutsetter brudd på en folkerettsregel i motsetning til brudd på intern nasjonal rett. Og selv om det foreligger et brudd kan det være at det foreligger ansvarsfrihet etter regler om force majeure eller nødrett. Videre hefter staten som et utgangspunkt bare for statsorganers handlinger eller unnlatelser. Det er fortsatt omstridt hvorvidt statsansvaret er objektivt eller om det kreves uaktsomhet. Folkerettslig praksis er ikke entydig på dette punktet, selv om tendensen kan synes å gå mot noe som må betegnes som et objektivt ansvar.<sup>67</sup> Dette kan imidlertid stille seg forskjellig ut i fra det konkrete rettsspørsmålet som skal løses.

Etter primærreglene kan en stat kreve at folkerettskrenkelsen opphører.<sup>68</sup> Ut fra de generelle ansvarsreglene kan en stat også kreve naturalrestitusjon, erstatning og oppreisning. Naturalrestitusjon innebærer at tilstanden før skaden skjedde skal gjenopprettes. Erstatning skal dekke økonomiske tap. Og oppreisning kan variere fra en unnskyldning til krav om straff for personene som voldte skaden.

#### 4.1.2 Særspørsmål ved menneskerettigheter

##### 4.1.2.1 Hvem er krenket?

Tradisjonelt sett er det bare stater som ved folkerettsbrudd kan gjøre ansvar gjeldende.<sup>69</sup> Dette byr på særlige problemer i forhold til multilaterale traktater og spørsmål om brudd på menneskerettigheter. Dette fordi menneskerettsbrudd som regel begås mot egne borgere. Det finnes da ingen krenket stat, selv om handlingen eller unnlatelsen er i strid med en folkerettsregel fastsatt i traktat eller sedvane. I de store menneskerettighetskonvensjonene

---

<sup>66</sup> Ruud, Ulfstein 2002 s. 235

<sup>67</sup> ibid. s. 239-240; Fleischer 2005 s. 201

<sup>68</sup> ILC Annual Report 2001, Ch. IV s. 324

<sup>69</sup> ibid. s 294 flg.

er dette løst med egne rapporteringsordninger og domstoler som inngår som en del av traktaten. Men vi kan også støte på problemet utenfor det direkte anvendelsesområdet for disse konvensjonene slik som ved brudd på Wien art. 18.

Ved visse grove brudd på menneskerettighetene har ICJ sagt at disse er å regne som en krenkelse av alle stater. Man betegner dette som rettigheter som gjelder erga omnes. I Barcelona Traction-saken uttalte ICJ følgende:

“In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have legal interest in their protection; they are obligations erga omnes ... Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principle and rules concerning basic rights of the human person<sup>70</sup>.”

Selv om det er handlinger mot enkeltindivider som er grunnlaget for krenkelsen er det altså ikke disse som anses som krenket, men fellesskapet av verdens stater. Dette kan umiddelbart virke noe merkelig, men harmonerer med at man som enkeltindivid utenfor de etablerte klageordningene i menneskerettighetskonvensjonene ikke har muligheten til å håndheve sin rett. Selv om individer har fått status som interessesubjekter, så har de i utgangspunktet ikke status som påtalesubjekter etter folkeretten.<sup>71</sup>

At det er snakk om grove krenkelser er som nevnt over en av de vektige reelle hensyn som taler for at man kan pålegge en stat forpliktelser forut for en ratifisering. Når man derfor først konkluderer med at det foreligger en krenkelse av Wien art. 18 i relasjon til SP, må det presumeres at dette er en grov krenkelse. Riktignok finnes det eksempler på grovere krenkelser enn enkeltindividers tap av liv og helse. Jeg tenker da på urettmessig angrepskrig, folkemord og lignende, men ut fra ICJ sine uttalelser i Barcelona Traction-

---

<sup>70</sup> ICJ Rep. 1970 s. 3 på s. 32

<sup>71</sup> Ruud, Ulfstein 2002 s. 91

saken kan man ikke se at definisjonen på krenkelser erga omnes skal være begrenset til slike situasjoner. Som retten sier kan forpliktelser i forbindelse med "basic rights of the human person" også regnes som krenkelser mot alle stater.

Det er altså, på bakgrunn av dette, fellesskapet av stater som må anses krenket ved brudd på Wien art. 18 i relasjon til SP. Det er disse som har kompetanse til å gjøre ansvar gjeldende overfor staten hvis handlinger konstituerer et brudd.

#### 4.1.2.2 Hva kan kreves som følge av krenkelsen?

En naturlig konsekvens av et forbud mot visse handlinger etter folkeretten er, som nevnt over, at det kan kreves at selve krenkelsen opphører.<sup>72</sup> Dette gjelder i første rekke de tilfeller hvor det er snakk om en krenkelse som går over en viss tid. Ved brudd på Wien art. 18 i relasjon til SP vil imidlertid en handling først bli en krenkelse når skaden er uopprettelig. I denne situasjonen må det antas at krenkelsen som regel allerede er opphørt isolert sett. Et krav om at krenkelsen opphører blir således ikke den enkelte til hjelp. Men dersom en stat systematisk står bak en serie likeartede krenkelser må det åpenbart ut fra det samme synspunkt kunnes kreves at staten stanser denne praksisen. Det blir altså fellesskapet som nyter godt av at man ved brudd kan kreve at krenkelsen opphører.

Videre må man spørre seg om den enkelte skadelidte har krav på noe som følge av krenkelsen etter dens opphør. Etter de folkerettslige ansvarsreglene er det klart at en stat kan kreve naturalrestitusjon, erstatning og oppreisning. Men i dette tilfellet er det ikke en stat som er skadelidende selv om det er statene som anses som krenket. Det er enkeltindivider som har lidt et tap, og spørsmålet blir da om disse har krav som følge av krenkelsen, selv om det ikke er disse som juridisk sett er krenket. Naturalrestitusjon, erstatning og oppreisning er etter sin art rettet mot den skadelidte i og med at det er snakk om å gjenopprette en tidligere tilstand.. I Chorzów Factory-saken var dette domstolens syn:

---

<sup>72</sup> ibid. s. 242

“The essential principle contained in the actual notion of an illegal act — a principle which seems to be established by international practice and in particular, by the decisions of arbitral tribunals — is that reparation must, so far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it — such are the principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law<sup>73</sup>.”

Som vi ser over er det etter domstolens syn konsekvensene av den ulovlige handlingen som skal fjernes, og man skal søke å gjenopprette den tilstanden som med all sannsynlighet ville ha eksistert om ikke selve krenkelsen hadde funnet sted. Domstolen legger opp til en praktisk tilnærming til problemet og fokuserer her på årsak og virkning fremfor en juridisk tilnærming med fokus på hvem som formelt sett anses som krenket.

Denne tilnærmingsmåten finner man også støtte for i ordlyden til utkastet til regler for statsansvar hvor det står i artikkel 31:

**“Reparation**

1. The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act.
2. Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State.<sup>74</sup>”

Ut fra ordlyden er det her snakk om ”any damage”. Altså en hvilken som helst skade. Det refereres ikke til hvem denne skaden skulle ha rammet. Ut fra dette er det altså selve årsakskjeden som blir avgjørende. Skaden som har oppstått som følge av en krenkelse skal restitueres. Det stilles ingen krav til hvem den skadelidte er.

---

<sup>73</sup> P.C.I.J. Factory at Chorzow, Jurisdiction, Judgement

<sup>74</sup> ILC Annual Report 2001, Ch. IV s. 223

Spørsmålet var oppe under utarbeidelsen av regelen i utkastet.<sup>75</sup> Her ble det særlig pekt på det poenget at man i tilfeller hvor et flertall av stater eller verdenssamfunnet som helhet måtte anses som krenket var bedre tjent med en generell utforming av regelen om reparasjon knyttet til selve krenkelsen og ikke den krenkede. Dette er som nevnt tilfelle ved grove menneskerettighetskremler hvor det store fellesskapet av stater må anses som krenket. I tillegg la man vekt på at forpliktelsen til å bøte på skadene som måtte oppstå inntreer umiddelbart og ikke er avhengig av at den krenkede iverksetter skritt for å stille den krenkende staten til ansvar.

Hvis vi ser på utkastets artikkel 33 som et uttrykk for gjeldende folkerett, ser den umiddelbart ut til å sperre for at individer skal ha reparasjon som følge av en krenkelse:

**“Scope of international obligations set out in this Part**

1. The obligations of the responsible State set out in this Part may be owed to another State, to several States, or to the international community as a whole, depending in particular on the character and content of the international obligation and on the circumstances of the breach.
2. This Part is without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State<sup>76</sup>.”

Men denne bestemmelsens første ledd dreier seg om overfor hvem staten har en forpliktelse, og dermed også hvem som kan opptre som påtalesubjekt. Dette er som nevnt tidligere etter Wien art. 18 stater eller fellesskapet av stater. I kommentaren til bestemmelsen står det blant annet:

“When an obligation of reparation exists towards a State, reparation does not necessarily accrue to that State’s benefit. For instance, a State’s responsibility for the breach of an obligation under a treaty concerning the protection of human rights may exist towards all the other parties to the

---

<sup>75</sup> ILC Fifty-second session. Third report on State responsibility pkt. 25; ILC Annual Report 2000, Ch. IV s. 25

<sup>76</sup> ILC Annual Report 2001, Ch. IV s. 233

treaty, but the individuals concerned should be regarded as the ultimate beneficiaries and in that sense as the holders of the relevant rights<sup>77</sup>.”

Sett i sammenheng med utkastets art. 33 annet ledd hvor man der snakker om rettigheter som ”direkte” tilgodeser personer, må man etter dette kunne konstatere at selv om forpliktelsene er rettet mot en stat eller et fellesskap av stater og det er disse som er påtalesubjekter, så er det de skadelidte som i realiteten skal ha kompensasjon. Om det er staten selv, en bedrift eller et enkeltindivid som er skadelidende som følge av krenkelsen blir etter dette irrelevant. Stater som bryter folkeretten og kan holdes ansvarlige for dette, plikter å bøte på de konkrete følgene av krenkelsen.

## 4.2 Håndhevelse og tvisteløsning

Selv om vi kan slå fast at den enkelte skadelidte skal ha erstatning og naturalrestitusjon som følge av folkerettsstridige handlinger, oppstår det problemer i forhold til hvordan en skal kunne oppnå dette når en ikke selv har et konkret krav som en selv kan gjøre gjeldende. Ofte er det rettssubjekter i den krenkede staten som lider skade og da naturlig nok den krenkede staten selv som fremmet krav på deres vegne og håndhever deres rett. I forhold til menneskerettighetsspørsmål blir situasjonen en annen med tanke på at de skadelidte er borgere i staten som er ansvarlig for krenkelsene. Hvem skal da håndheve deres rett i og med at enkeltindividene i denne sammenhengen ikke har status som påtalesubjekter?

### 4.2.1 1503-prosedyren

En mulighet for individer til å klage på menneskerettighetsbrudd eksisterer i form av den såkalte 1503-prosedyren.<sup>78</sup> Man betegner dette egentlig ikke som en klage, men bruker den engelske termen ”communication” som på norsk nok best kan oversettes med meddelelse.

---

<sup>77</sup> *ibid.* s. 234

<sup>78</sup> Procedure for dealing with communications concerning human rights. ECOSOC res. 2000/3



Prosedyren legger opp til en mulighet for enkeltindivider til offisielt å formidle informasjon om menneskerettighetsbrudd til FN-systemet, men systemet er i hovedsak lagt opp slik at man ikke vurderer enkeltsaker, men ser på en mer generell situasjon i det aktuelle landet.

Prosedyren ble opprettet ved en resolusjon av Det økonomiske og sosiale råd i 1970, men den har etter hvert fått mindre betydning. Én årsak til dette kan være at man i de enkelte menneskerettighetskonvensjoner har mer effektive klagemuligheter. Dette har også vært benyttet som argument for å avskaffe 1503-prosedyren, men er man utenfor anvendelsesområdet for de enkelte menneskerettighetskonvensjoner er det klart at prosedyren vil kunne ha betydning, slik tilfellet jo er i forhold til brudd på Wien art. 18. Men terskelen for å få behandlet en meddelelse etter 1503-prosedyren er relativt høy. Dette skyldes delvis det faktum at saksforberedelsen foretas av en gruppe av stater som i mange tilfeller kan ha egne interesser i å begrense sakstilfanget. Dette gjør at saksforberedelsen må kunne sies å være politisert, og dette er et annet argument som har vært brukt som argument mot denne prosedyren.

Det er en rekke kriterier som må være oppfylt for at en meddelelse vil bli tatt opp til behandling. Disse er i hovedsak som følger:

- Ingen meddelelser vil bli behandlet som står i motsetning til prinsippene i FN-charteret eller fremtrer som politisk motivert.
- En meddelelse vil bare bli behandlet dersom det etter en konkret vurdering, også med hensyntagen til svar fra den impliserte staten, er rimelig grunnlag for å tro at det eksisterer et vedvarende mønster av grove og pålitelig dokumenterte brudd på menneskerettigheter og grunnleggende friheter.
- Meddeleser kan komme fra individer eller grupper som hevder å være offer for menneskerettighetskrenkelser eller som har direkte, pålitelig kjennskap til slike

krenkelser. Anonyme meddelelser blir ikke behandlet, heller ikke meddelelser som kun er basert på informasjon fra massemedia.

- Enhver meddelelse må beskrive fakta, formålet med protestskrivet og rettigheten som er krenket. Som en hovedregel vil meddelelser som inneholder skjellsord, annet grovt språk eller nedverdiggende kommentarer om den impliserte staten ikke bli behandlet.
- Nasjonale rettsmidler må være brukt uttømmende før en meddelelse blir behandlet, med mindre det kan vises overbevisende at løsninger på nasjonalt nivå ikke vil være effektivt eller at dette vil ta urimelig lang tid.

Som vi ser over er det en del formelle krav som må være oppfylt for at en meddelelse kan tas til behandling. Dette gjelder i forhold til hvem som kan komme med meddelelsen, når denne kan benyttes og hvordan den skal utformes. Det avgjørende kriteriet blir materielt sett hvorvidt en kan sannsynliggjøre at det eksisterer et vedvarende mønster av grove og pålitelig dokumenterte krenkelser.

Ut fra de rapporter som er utarbeidet av både ikke-statlige organisasjoner og av organer innefor FN selv, kan det ikke være tvil om at det i forhold til Kina er rimelig grunnlag for å tro at det eksisterer krenkelser av Wien art. 18 i forhold til SP som gir grunnlag for en vurdering etter 1503-prosedyren dersom en slik meddelelse skulle bli sendt inn.

Meget kort forklart er prosessen etter en meddelelse slik at dersom denne skulle bli tatt opp til behandling, vil den bli undersøkt av en arbeidsgruppe for meddelelser.<sup>79</sup> Det aktuelle landet blir først varslet om at en sak er under behandling og deretter om hva arbeidsgruppen kommer frem til. Dersom saken ikke stanser her, er neste trinn i prosessen behandling av Arbeidsgruppen for situasjoner. Denne arbeidsgruppen kan, dersom den

---

<sup>79</sup> ibid.

finner grunnlag for det, fremme saken for Menneskerettighetskommisjonen som kan reagere på en rekke ulike måter. Men denne prosessen vil ikke føre til noen konkret sak og tilbagemelding for den som fremmet meddelelsen, og kommer derfor til kort med tanke på gjenopprettelse av de skadevoldende handlinger den enkelte er utsatt for.

#### 4.2.2 Ikke-oppfyllelse av folkerettslige forpliktelser som pressmiddel

I og med at særlig grove krenkelser er å betrakte som krenkelser erga omnes, vil en hvilken som helst stat kunne hevde seg krenket av Kina ved brudd på Wien art. 18 i forhold til SP.<sup>80</sup> Staten som hevder seg krenket kan i teorien under visse forutsetninger øve press for å stanse krenkelsene ved å velge å la være å oppfylle egne folkerettslige forpliktelser overfor Kina.<sup>81</sup> En slik fremgangsmåte vil etter alt å dømme være lite sannsynlig. For det første fordi det er snakk om krenkelser som ikke er direkte rettet mot staten som opptrer som påtalesubjekt. Det ville være en betydelig politisk belastning for lederne i påtalestaten å velge denne formen for konfrontasjon i denne type sak. For det andre eksisterer det et prinsipp som sier at tiltaket som settes i verk må være proporsjonalt med den aktuelle krenkelsen.<sup>82</sup> Dette setter også begrensinger for denne type press. For det tredje er det foreløpig uklart hvor grensene går for lovligheten av en slik handlemåte. Særlig i tilfeller hvor staten ikke er direkte krenket.

#### 4.2.3 Jurisdiksjon og kompetanse

Ut over fremgangsmåten som nevnt over eksisterer det en rekke ulike metoder for tvisteløsning mellom stater.<sup>83</sup> Dette er alt fra mekling til voldgift. Felles for disse metodene er at de er basert på frivillighet fra de involverte parter. Dette gjelder også behandling i Den internasjonale domstol. Statenes suverenitet innebærer at stater bare kan bringes inn for en

---

<sup>80</sup> Se pkt. 4.1.2.1

<sup>81</sup> ILC Annual Report 2001, Ch. IV s. 324

<sup>82</sup> *ibid.* s. 341

<sup>83</sup> Ruud, Ulfstein 2002

internasjonal domstol dersom de har akseptert domstolens kompetanse. Dette kan gjøres konkret for den enkelte sak, gjennom en konvensjon eller ved ensidig erklæring.<sup>84</sup>

Kina har ikke avgitt erklæring om aksept av Den internasjonale domstolens kompetanse. På bakgrunn av dette, samt at staten også konsekvent reserverer seg mot bestemmelser i traktater som innebærer aksept av domstolens kompetanse, og at man generelt ikke aksepterer individuelle klageordninger i forbindelse med konvensjoner, er det lite som taler for at Kina i den nærmeste fremtid vil akseptere domstolens kompetanse i en enkeltsak basert på påståtte krenkelser av Wien art. 18 i forbindelse med menneskerettigheter.<sup>85</sup> Selv om en hvilken som helst stat i teorien altså kan fremme en sak i bygget på kinesiske innbyggers rett i forhold til handlinger i strid med Wien art. 18 i relasjon til SP, er det opp til staten Kina selv og avgjøre om dette er noe som vil bli prøvet rettslig. Som en konsekvens av dette er det i stor grad på det politiske planet at man søker å håndheve folkeretten. Enten bilateralt eller multilateralt gjennom FN.

---

<sup>84</sup> Statute of the International Court of Justice art. 36

<sup>85</sup> Status of Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General (1.9.2005)

## 5 Konklusjon

Det finnes per høsten 2005 ikke avgjørelser i internasjonal praksis som i klartekst tolker Wien art. 18 og bidrar til å faste sette innholdet av forpliktelsene og grensene for anvendelsesområdet. Følgelig finnes det heller ikke avgjørelser som med sikkerhet bygger under tolkingen som er presentert under pkt. 3. En tolking vil som alltid ellers være ett resultat blant flere mulige. Dette betyr imidlertid ikke at enhver tolking er like god som en annen. Tolkingens legitimitet må vurderes på argumentasjonens overbevisningskraft og de parameterne som til enhver tid styrer tolkingen innenfor den gitte disiplin, i dette tilfellet folkerettslig metodelære og Wiens egne bestemmelser.

### 5.1 Brudd ved uopprettelige følger

En lang rekke uavhengige rapporter hevder at det i Kina blir begått handlinger fra myndighetenes side som er å regne som krenkelser i land der SP er ratifisert. En del av disse handlingene er av en art som gjør at de har uopprettelige følger. Dette er blant annet henrettelser, tvangsaborter, tvangssterilisering og grov mishandling.

Det kan etter en tolking av Wien art. 18 hevdes at følgene av handlinger som dette reduserer enkeltpersoners potensielle formålsoppnåelse ved en ratifisering av SP til null. Dersom disse handlingene kom som et resultat av, eller i seg selv ville vært å betrakte som krenkelser dersom SP hadde vært ratifisert, kan man se på dette som handlinger som innebærer brudd på art. 18. Dette er krenkelser fordi handlingene berøver traktatens formål og hensikt, ved at interesserubjektenes potensielle formålsoppnåelse ved en ratifisering marginaliseres eller berøves totalt. Folkerepublikken Kina er etter dette forpliktet til å avstå fra slike handlinger jf. Wien art. 18.

## 5.2 Politikk fremfor prosess

Kina har ikke ratifisert SP, men staten har ratifisert en del andre konvensjoner som innrømmer rettigheter til individer. Et eksempel på dette er Konvensjon mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Mange av de tilfellene som det vises til i pkt. 2 vil innebære krenkelser av denne. Og det kan også tenkes at de aller groveste tilfellene er krenkelser etter jus cogens. Har det da noen selvstendig betydning å kunne konstatere brudd på Wien art. 18 hvis krenkelsene likevel vil være omfattet av andre konvensjoner?

Individet har muligheter til å klage på menneskerettighetsbrudd. Innenfor systemet i de ulike konvensjonene er det klageordninger og utenfor disse systemene kan en benytte seg av 1503-prosedyren. Andre stater kan fremme sak ut fra synet om at de også er å anse som krenket ved de grove menneskerettighetsbrudd. Problemet er at det ikke eksisterer noen overnasjonal domstol med full jurisdiksjon, og heller ingen tvangsmyndighet til å sette makt bak kravene. Man er i utgangspunktet avhengig av at den enkelte staten selv samtykker i å la seg dømme av en domstol. Og man har ingen reell mulighet for å effektivt sørge for at staten følger opp domstolens avgjørelse. Kina er typisk svært tilbakeholden med å la seg dømme av en internasjonal domstol.<sup>86</sup>

Som en konsekvens av dette må man søke andre muligheter for å fremme respekten for menneskerettigheter enn den rene jus. Uten å nedvurdere jussens betydning for utvikling av vern mot overgrep, er det ikke tvil om at man med dagens folkerettslige system ofte kommer til kort når det gjelder å stille stater til ansvar for folkerettsbrudd. Som nevnt i overskriften blir dette snarere et spørsmål om politikk fremfor jus. Altså blir de reelle pressmulighetene overfor Kina knyttet til handel og annet samarbeid.

Det er dermed de politiske mulighetene som er mest anvendelige og aktuelle i forhold til arbeid for økt respekt for menneskerettigheter, og det er også dette som i stor grad skjer i

---

<sup>86</sup> Se pkt. 4.2.3

praksis. Kina har menneskerettighetsdialoger med en rekke vestlige land, og det bilaterale er nok også ofte viktigere enn FN hvor det også kan innebære en politisk belastning åpent å kritisere en annen stat for brudd på menneskerettigheter.

Når vi likevel tar oss tid til å tolke og anvende folkerettsregler i denne forbindelse, er dette blant annet fordi diplomater, politikere og andre representanter er nødt til å ha noe å bygge sine krav på dersom de skal nå frem med kravene om økt respekt for menneskerettigheter, og på dette området blir jussen en viktig brikke og en nødvendig faktor i det politiske spillet. Når man har juridisk belegg for å kreve noe får argumentene som fremsettes atskillig mer tyngde. En stat ønsker som regel ikke åpent å innrømme at den bryter folkerettslige forpliktelser. Jo mer man kan vise til at Kina faktisk rettslig er forpliktet til å avstå fra visse handlinger, dess større mulighet har man i politikken til å nå frem med krav om større respekt for menneskerettighetene. Og derfor er det viktig å slå fast at Kina allerede ved signeringen av SP faktisk pådro seg visse forpliktelser som de plikter å overholde.

## **6 Kilder**

### **6.1 Traktater**

Traktat angående Spitsbergen (Svalbardtraktaten) av 09. februar 1920

Lausanne-traktaten av 24. juli 1923

Hvalfangstkonvensjonen av 2. desember 1946

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 1950

Internasjonal konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966

Wienkonvensjonen om traktatretten av 1969

Konvensjon mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff av 10. desember 1984

Konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989

### **6.2 Resolusjoner**

Procedure for dealing with communications concerning human rights. ECOSOC res. 2000/3. UN doc E/2000/99 s 24

### **6.3 Dokumenter fra International Law Commission og United Nations Conference on the Law of Treaties**

ILC Yearbook 1951 vol. II. UN doc A/CN.4/SER.A/1951/Add.1

ILC Yearbook 1953 vol. II. UN doc A/CN.4/SER.A/1953/Add.1

ILC Yearbook 1965 vol. I. UN doc A/CN.4/SER.A/1965

CLT Official records. First session 1968. UN doc A/CONF.39/11

ILC Fifty-second session. Third report on State responsibility. UN doc A/CN.4/507

ILC Annual Report 2000, Ch. IV. UN doc A/55/10

ILC Annual Report 2001, Ch. IV. UN doc A/56/10



## 6.4 Avgjørelser

### 6.4.1 International Court of Justice

ICJ Rep. 1951 s. 15, Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of The Crime of Genocide, Advisory Opinion of 28 May 1951

ICJ Rep. 1970 s. 3, Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (second phase)

ICJ Rep. 1974 s. 253, Nuclear Tests Case (Australia v. France)

ICJ Rep. 1986 s. 14, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)

### 6.4.2 Permanent Court of International Justice

1927, P.C.I.J., Series A, No. 17, Factory at Chorzow, Jurisdiction, Judgment

1937, P.C.I.J., Series A/B, No. 70, Diversion of Water from the Meuse, Judgment

### 6.4.3 Voldgiftspraksis

Megalidis v Turkey, Turkish-Greek Mixed Arbitral Tribunal, 26 July 1928, 4 ILR 395.

### 6.4.4 European Court of Human Rights

Tyrer v. The United Kingdom, Series A 26 (1978)

Soering v. The United Kingdom, Series A 161 (1989)

### 6.4.5 Court of Justice of the European Communities

Case T-115/94 Opel Austria GmbH v Council of the European Union. ECR II 1997 p. 39

Case C-27/96 Danisco Sugar AB v Allmänna Ombudet ECR I 1997 p. 6653

## 6.5 Litteraturliste

*Amnesty International - Kina* (24.10.2005). I: Amnesty International Norge [14.11.2005].

Tilgang: <http://www.amnesty.no/web.nsf/pages/Kina>

Aust, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge, 2000

Beech, Hannah. *Enemies of the State? How local officials in China launched a brutal campaign of forced abortions and sterilizations*. I: Time Magazine vol. 166 No. 12 (2005)

*Bekendtgørelse af konvention af 23. maj 1969 om traktatretten* (29.4.1980). I:

Retsinformation [6.9.2005]. Tilgang:

[http://www.retsinfo.dk/\\_GETDOC\\_/ACCN/L19800003464](http://www.retsinfo.dk/_GETDOC_/ACCN/L19800003464)

Bekkevold, Jo Inge. *Kinas "åpning mot utsiden"*. I: Hvor hender det? Nr. 20, årgang 1997-1998 (1998)

*Campaigns: Political prisoners* (01.06.2005). I: International Campaign for Tibet

[27.10.2005]. Tilgang: <http://www.savetibet.org/campaigns/politicalprisoners/index.php>

Chan, Anita. *Labor Standards and Human Rights: The Case of Chinese Workers under Market Socialism*. I: Human Rights Quarterly 20.4 (1998), s. 886-904

*China reports progress in human rights* (4.2.2003). I: Embassy of the People's Republic of China in the Kingdom of Norway [14.11.2005]. Tilgang: <http://www.chinese-embassy.no/eng/ztxw/rqwt/t110678.htm>

*China's Growth and Integration into the World Economy - Prospects and Challenges*.

Edited by Eswar Prasad. Washington, 2004

*Civil and Political Rights, Including the Question of Religious Intolerance - Communications to and from Governments* (20.12.2004). Special Rapporteur: Asma Jahangir. E/CN.4/2005/61/Add.1

*Civil and Political Rights, Including the Question of Torture and Detention. Opinions adopted by the Working Group on Arbitrary Detention* (19.11.2004). Chairperson-Rapporteur: Leïla Zerrougui. E/CN.4/2005/6/Add.1

Fleischer, Carl August. *Folkerett*. 8. utgave. Oslo, 2005.

*Freedom in the World 2005: The Annual Survey of Political Rights & Civil Liberties*. Edited by Aili Piano and Arch Puddington. Lanham, 2005

Glennon, Michael J. *The New Interventionism: The Search for a Just International Law*. I: Foreign Affairs. Vol 78, Number 3 (1999)

Hunt, Paul. *Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health - Communications with Governments*. E/CN.4/2005/51/Add.1

Isaksen, Torbjørn R. *Østenfor sol*. I: Minerva Nr. 04 Årg. 80 (2004) s. 5-7

Jones, Mervyn. *Full powers and ratification*. Second edition. Cambridge, 1946

Klabbers, Jan. *How to Defeat a Treaty's Object and Purpose Pending Entry into Force: Toward Manifest Intent*. I: Vanderbilt Journal of Transnational Law vol. 34, Nr. 2, (2001)

Klabbers, Jan. *Some problems regarding the object and purpose of treaties*. I: The Law of Treaties. Trowbridge, 2004, s. 167-189

Malanczuk, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. Seventh revised edition. London and New York, 1997

*Merriam-Webster's Dictionary of Law* (1996). I: Dictionary.com. [22.11.2005]. Tilgang: <http://dictionary.reference.com>

*Multilateral treaties deposited with the secretary-general* (10.11.2005). I: United Nations Treaty Collection. [14.11.2005]. Tilgang: <http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterIV/treaty6.asp>

*People's Republic of China: Executed "according to law"? - The death penalty in China* (2005). I: Amnesty International USA. [10.10.2005]. Tilgang: <http://www.amnestyusa.org/abolish>

*Religion and National Security in China: Secret documents from China's security sector*. (11.2.2002) Edited by Shixiong Li and Xiqiu(Bob) Fu. [5.6.2005]. Tilgang: [http://www.opendoors.org.au/assets/fls/Secret\\_Chinese\\_Documents.doc](http://www.opendoors.org.au/assets/fls/Secret_Chinese_Documents.doc)

Rogoff, Martin A. *The international legal obligations of signatories to an unratified treaty*. I: The Law of Treaties. Trowbridge, 2004, s. 191-227

Ruud, Morten. *Innføring i folkerett*. 2. utgave. Morten Ruud og Geir Ulfstein. Oslo, 2002

Ruud, Morten. *Utvalgte emner i folkerett, Metode – miljø – havrett – handel*. Morten Ruud, Geir Ulfstein og Ole Kristian Fauchald. Otta, 1997

Sinclair, Ian. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*. Manchester, 1984

*Status of Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General* (1.9.2005). I: United Nations Treaty Collection [23.11.2005]. Tilgang: <http://untreaty.un.org/English/access.asp>

*The Responsibility To Protect – Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty.* Gareth Ewans, Mohamed Shanoun. Ottawa, 2001

*The Treaties of Peace 1919-1923, Vol. II,* Carnegie Endowment for International Peace, New York, 1924

*U.S. Releases 2004 International Religious Freedom Report* (15.09.2004). I: International Informations Programs [10.10.2005]. Tilgang:  
<http://usinfo.state.gov/mena/Archive/2004/Sep/15-492728.html>

